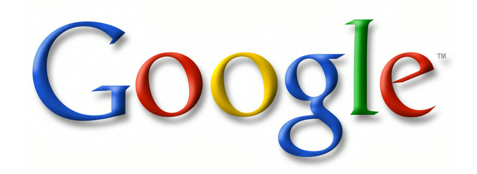
This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.



https://books.google.com





Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

ZEITSCHRIFT

University of Wisconsin
LIBRARY

Class K
Book .Z4
7-8



of Wisconsin -
728 State Street
WI 53706-1

Digitized by Google

Digitized by Google

of Wisconsin
728 State Street
Madison, WI 53706-1494

Digitized by Google

ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

P. v. ROTH, E. I. BEKKER, A. PERNICE,
R. SCHRÖDER, H. BRUNNER.

ACHTER BAND

XXI. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1887.





WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Digitized by Google

Inhalt des VIII. Bandes

Romanistische Abtheilung.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Von den griechischen Bearbeitungen des Codex.

Von

Herrn Geheimrat **Dr. E. Zachariä von Lingenthal**

auf Grosskmehlen.

I.

Anzahl derselben im Allgemeinen.

Der Kaiser Leo hatte verordnet (Cod. 2, 7, 11), dass Allen, die in das Collegium der Advocaten des Praefectus Praetorio aufgenommen werden sollten, von den „iuris periti eorum doctores" ein Zeugniss über ihre juristische Befähigung ausgestellt werden müsse. Thaleläus (Bas. ed. Heimb. I p. 346) übersetzte dies: „*τοὺς διδασκάλους τῶν νόμων ἤγουν τοὺς ἀντικήνσωρας κελεύει ἐνωμότως ποιεῖσθαι κατάθεσιν ὡς παρεσκεύασται τῇ διδασκαλίᾳ τῶν νόμων οὗτος ὁ βουλόμενος συστῆναι*", er übergeht also in der Uebersetzung das „eorum" des Textes. Dagegen heisst es in der alten Summe der Stelle, welche den Text der Basiliken bildet (Bas. ed. Heimb. I p. 345): *ἐξομόσηται δὲ ὁ διδάσκαλος αὐτοῦ ἐγγράφως ἐν ὑπομνήμασιν, ἀκριβῶς αὐτὸν ἠσκῆσθαι τοὺς νόμους*, und eine Anmerkung dazu hebt mit besonderem Nachdruck hervor, dass nicht *ὅλοι οἱ ὄντες ἀντικήνσωρες ἐν τῇ πόλει, ἀλλὰ μόνος ὁ διδάσκαλος αὐτοῦ γεγονὼς* das Zeugniss auszustellen habe. Und so scheint es denn wenigstens in der Justinianischen Zeit Sitte gewesen oder geworden zu sein, dass sich die Studirenden an einen bestimmten einzelnen Lehrer hielten und bei diesem die erforderliche Zeit hindurch studirten. So spricht z. B. der Antecessor Stephanus von „*ὁ ἐμὸς διδάσκαλος*" (Bas. ed. Heimb. II p. 627), und hinwiederum wird er selbst von

Digitized by Google

dem Scholastiker Theodorus ὁ ἐμὸς διδάσκαλος genannt (Bas. cit. p. 417).

Ist dies richtig, so ist es selbstverständlich, dass von den Antecessoren nicht der Eine über die Institutionen, der Andere über die Prota der Digesten u. s. w. Vorträge hielt, sondern jeder Einzelne musste in seinem Unterrichte die nach Justinian's Lehrplan zu behandelnden Gesetzbücher (die Institutionen und die πραττόμενα βιβλία der Digesten) erklären, und zu dem Studium der übrigen Bücher der Digesten und des Codex Anleitung geben.

Hätte zu diesem Zwecke ein jeder Antecessor, bez. ein jeder der acht Antecessoren, an welche die c. Omnem vom J. 533 gerichtet ist, für sich besonders die Gesetzbücher griechisch commentirt und diese Commentare zunächst seinen Zuhörern bekannt gemacht, so müssten von vornherein gleich acht Commentare der Institutionen u. s. w. verfasst worden sein, zu welchen dann noch andere Commentare neuerer Verfasser später hinzugetreten sein könnten. Allein aus dem Gesagten ist nicht mit Nothwendigkeit die Folgerung zu ziehen, dass ein jeder Antecessor für seine Zuhörer eine eigene ἑρμηνεία der Gesetzbücher verfasst habe. Denn es ist recht wohl denkbar und selbst nicht unwahrscheinlich, dass man sich der Arbeiten der Collegen oder Vorgänger bediente und diese beim Unterrichte zu Grunde legte. Aber darum darf man noch nicht in das andere Extrem verfallen und vielmehr von der Präsumtion ausgehen, dass es nur eine ganz beschränkte Anzahl von griechischen Bearbeitungen der Justinianischen Gesetzbücher gegeben habe.

Ich will hier nicht auf die Frage eingehen, welche Theile der Digesten von Theophilus, Isidorus, Theodorus und Dorotheus commentirt worden sind und wie sich das πλάτος des Stephanus zu diesen Indices verhalten hat[1]), sondern mich in

---

[1]) Es mag hier nur gelegentlich bemerkt werden, dass ich in meinem Supplementum Basilicorum den Index der Digestenstellen wohl mit Unrecht überall mit Bestimmtheit dem Stephanus zugeschrieben habe. Ich habe nicht beachtet, dass z. B. in lib. XV. XVI der Basiliken, während viele παραγραφαὶ die Ueberschrift στεφάνου tragen, der Index nirgends eine solche Ueberschrift hat. Der Index von Dig. 3, 5 (in Basil. lib. XVII) ist wie es scheint von Theophilus; man vergleiche das

Digitized by Google

dem Folgenden lediglich auf eine Untersuchung über die alten Uebersetzungen, Indices oder Summen des Codex bez. über einige besonders wichtige dieselben betreffende Fragen beschränken.

In dieser Beziehung war ich früher durch eine von dem Mönche Matthäus Blastares im J. 1335 gegebene Nachricht (*Θαλέλαιος ἀντικένσωρ τοὺς κώδικας εἰς πλάτος ἐκδέδωκε, Θεόδωρος ἑρμουπολίτης συντετμημένως, ἔτι δὲ συντομώτερον Ἀνατόλιος, ὁ δὲ Ἰσίδωρος στενώτερον μὲν τοῦ Θαλελαίου, πλατύτερον δὲ τῶν λοιπῶν δύο*) verführt worden anzunehmen, dass es überhaupt nur diese vier Bearbeitungen des Codex gegeben habe, und dass Alles, was sich von Bruchstücken griechischer Indices oder Summen von Constitutionen in den byzantinischen Rechtsquellen vorfindet, auf diese vier Bearbeitungen zurückzuführen sei. Ich hatte darauf hin z. B. behauptet, dass die Stellen des Codex, welche in dem Nomocanon L titulorum vorkommen, sämmtlich aus dem Commentar des Isidorus geschöpft seien, da sie nachweislich keinem der anderen drei Commentare angehörten. Und wenn in Handschriften einzelne Summen unter der Ueberschrift *στεφάνου ἀντικίνσορος* oder *ἐκ τοῦ (συντόμου) κώδικος ἰουστινιανοῦ στεφάνου ἀντικίνσορος* vorkommen, so hatte ich zwar ehedem (*Ἀνέκδοτα* p. 176 sqq.) die Existenz einer besonderen Summa des Codex von Stephanus angenommen, später aber (Zeitschr. f. Rechtsgesch. X S. 48 ff.) auszuführen gesucht, dass dieselbe vielmehr mit dem *σύντομος* des Anatolius identisch sei. Gleichzeitig habe ich behauptet, dass alle Angaben, welche Bearbeitungen des Codex durch andere Juristen anführen oder auf solche schliessen lassen, auf Irrthum oder Missverständniss beruhen oder einfach Schreibfehler enthalten.

Neuerdings aber habe ich erkannt, dass es ein unbegründetes Vorurtheil ist, nur die beschränkte Anzahl von vier griechischen Bearbeitungen des Codex anzunehmen. Durch eine Publication von Ferrini (Anecdota Laurentiana et Vaticana, 1884) veranlasst, habe ich (in den Mémoires de l'Aca-

---

schol. 16 zu Bas. XVII, 1 mit dem Anfang des schol. 14. Aber es fehlt nicht an Anzeichen, dass der alte Index von Stephanus überarbeitet worden ist.

Digitized by Google

démie de St. Petersbourg to. XXXII no. 16) den Gegenstand einer erneuten Prüfung unterzogen, und bin zu folgendem Ergebnisse gelangt:

1. der Jurist, dessen Namen[1]) den Späteren unbekannt war und den sie bald als ὁ Ἐναντιοφανής bald als ὁ Ἀνώνυμος bezeichnen, (— nicht zu verwechseln mit einem älteren Ἀνώνυμος, Verfasser einer Summa der Digesten —) hat eine eigenthümliche Summa des Codex benutzt:
2. von derselben Summa ist lib. I tit. 1—13 in der Collectio constitutionum ecclesiasticarum tripartita erhalten:
3. Verfasser dieser Summa ist wohl (ein jüngerer?) Antecessor Stephanus, von dessen σύντομος κῶδιξ auch anderweit Fragmente erhalten sind.

Seitdem habe ich noch eingehendere Studien über die griechischen Bearbeitungen des Codex gemacht, welche mich zu der Ansicht bekehrt haben, dass es noch sehr viel mehr Bearbeitungen des Codex als die fünf angeführten gegeben hat. Wenn übrigens in den Scholien der Basiliken und anderen Rechtsquellen aus späterer Zeit auch nur eine mehr oder weniger beschränkte Zahl von Bearbeitungen des Codex vorkäme, so würde daraus immerhin noch nicht gefolgert werden müssen, dass im 6. und 7. Jahrhundert nicht deren noch mehrere vorhanden gewesen seien. Denn wie viele Werke mögen in den Stürmen des Bilderstreits und der damals erfolgten Zerstörung der öffentlichen Bibliothek zu Konstantinopel durch Feuersbrunst, wie überhaupt bei den in Konstantinopel so häufigen Bränden untergegangen sein? Jedenfalls ist es gerathen, dass man sich von allen Vorurtheilen oder vorgefassten Meinungen frei halte, wenn man über die den Codex betreffenden Arbeiten der byzantinischen Juristen eingehendere Untersuchungen anstellt.

Seitdem ich dies zu thun begonnen habe, sind mir neue Aufschlüsse geworden und habe ich erkannt, dass manche

---

[1]) Die Vermuthung, dass es der Antecessor Julianus sei, welche Heimbach gebilligt und Pitra weiter ausgeführt hat, habe ich a. a. O. ausdrücklich zurückgenommen.


Digitized by Google

von mir früher aufgestellte Vermuthungen der Berichtigung bedürfen. Dies soll im Folgenden einzeln auseinandergesetzt werden.

Ich schicke voraus, dass ich im Laufe dieser Auseinandersetzungen statt der Basiliken und ihrer Scholien der Vereinfachung halber die Bücher, Titel und Constitutionen des Codex citiren werde: in dem Manuale in To. VI der Heimbachschen Basilikenausgabe braucht man nur diese aufzuschlagen, um zu erfahren wo die betreffenden Stellen in den Basiliken aufzusuchen sind. (Was hier übrigens Heimbach über die Urheber der in den Scholien enthaltenen Stellen sagt, ist mit grösster Vorsicht aufzunehmen.) Dass ich die Novellen nach meiner Ausgabe (unter Beifügung der Ordnungszahl in der Sammlung von 168 Stücken) citire, und einfach mit Pitra bezeichne den To. II der 1868 zu Rom von dem Cardinal Pitra herausgegebenen Iuris ecclesiastici Graecorum historia et monumenta, brauche ich wohl nicht besonders hervorzuheben.

II.

Eine alte Summa mit Anmerkungen zum Justinianus Codex.

Von einer — vielleicht der ältesten — Bearbeitung des Codex, und zwar der ersten Ausgabe, des Justinianus Codex, haben uns die Basiliken und deren Scholien Bruchstücke erhalten. Es ist eine Summa, welche von ausführlichen Anmerkungen begleitet ist. Die Summa zeichnet sich aus durch Kürze und imperative Fassung. Damit man sich ein anschauliches Bild derselben verschaffen könne, will ich eine Tabelle mittheilen, mittelst deren die Summe von Cod. 1, 1—13 sich leicht reconstruiren lässt. Es findet sich nämlich die Summa von

Tit. 1	c. 1. *Χριστιανός ἐστιν* . . .	in Bas. I,	1 [1])
	c. 2. *Μηδεὶς τόπος*	„ „	„ 2
	c. 3. *Δεῖ τὰ πορφυρίου* . . .	„ „	„ 3
	c. 4. *Μηδεὶς ἢ κληρικὸς* . . .	„ „	„ 4

[1]) Ich citire nach der Restitution des ersten Buchs der Basiliken, welche ich in meinen Beiträgen zur Kritik und Restitution der Basiliken in den Mémoires de l' Académie de St. Petersbourg VII Série To. XXIII no. 6 gegeben habe.

Digitized by Google

Tit.	c.	Incipit	Bas.			
Tit. 2	c. 1.	Ἐξέστω	in Bas.	V,	1,	1
	c. 2.	Μηδεὶς ἐν ἐκκλησ. . .	„ „	„	„	2
	c. 3.	Μηδεὶς λείψανα . .	„ „	„	„	3
	c. 5.	Δεῖ τὰς ἐκκλ	„ „	„	„	4
	c. 6.	Δεῖ τοὺς ἐν τῷ . . .	„ „	„	„	5
	c. 11.	Μηδὲ δὲ ἡ ἐκκλ. . .	„ „	„	„	6
	c. 15.	Ὁ συστησάμενος . .	„ „	„	„	7
	c. 19.	Μὴ χρεία ἔστω . . .	„ „	„	„	8
	c. 20.	Μηδὲ ἀπὸ θείου . .	„ „	„	„	9
	c. 22.	Μὴ διαγραφέσθω . .	„ „	„	„	10[1])
Tit. 3	c. 1.	Κληρικὸς ἢ οἰκέτης .	in Bas.	III,	3,	2
	c. 2.	Ἀπὸ διαγραφῶν . .	„ „	„	„	3
	c. 3.	Οἱ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις .	„ „	„	„	4
	c. 6.	Πᾶς κληρικὸς	„ „	„	„	5[2])
	c. 11.	Ἐξ αὐτῆς τῆς κώμης .	„ „	„	„	6
	c. 13.	Ὁ βιασάμενος . . .	„ „	LX,	54,	20
	c. 14.	Ἐπίσκοπος ἀπὸ συν. .	„ „	III,	1,	1
	c. 22.	Ὁ συκοφαντήσας . .	„ „	„	„	2[3])
	c. 24.	Τὸ τοῖς πτωχοῖς (?) .	„ „	„	„	„[4])
	c. 26.	Μήτε μοναχὸς . . .	„ „	„	„	„[5])
	c. 29.	Μοναχὸς εἰσελήλ. . .	„ „	IV,	1,	25[6])
	c. 33.	Καὶ ὁ ἐπ. καὶ ὁ πρ. .	„ „	III,	3,	8
	c. 35.	Τὸν ἀφαιρούμενον (?)	„ „	III,	1,	3
Tit. 4	c. 3.	Τῇ πρώτῃ (?) . . .	in Bas.	VII,	17,	26
	c. 9.	Οἱ ἄρχοντες	„ „	VI,	3,	39
	c. 10.	Οἱ μαθηματικοὶ . . .	„ „	I,	1,	17
	c. 23.	Τὰς ἰδιωτικὰς (?) . .	„ „	III,	1,	4
	c. 25.	Τὸ κεκωλῦσθαι (?) .	„ „	„	„	5
	c. 29.	Δυνατὸν (?)	„ „	„	„	6
Tit. 5	c. 1.	Τῶν ἐκκλησ.	in Bas.	III,	3,	10

[1]) Am Schlusse der Stelle ist zu lesen ἐπικερδῆ (lucrativa), vgl. Cod. 10, 36.

[2]) Die Syn. Δ, 2, 30 giebt hier den ächten Basilikentext.

[3]) Den ächten Text hat Syn. Σ, 6, 5 und Pitra II p. 525. 533.

[4]) Bas. ed. Heimb. IV p. 439 lin. 15. — Von c. 25 steht bei Pitra II p. 533. 544. 573. 596 eine vielleicht hieher gehörige Summa.

[5]) Der ächte Text findet sich in Syn. Δ, 3, 1. Σ, 1, 1.

[6]) Statt εἰς πανδοχεῖον ist zu lesen εἰς πόλιν ἀντιοχέων.

Digitized by Google

Tit.	c.	Anfang					
Tit. 5	c. 2.	*Πᾶσαι*	in	Bas.	I,	1,	18
	c. 3.	*Παντὸς*	"	"	"	"	19
	c. 4.	*Τοὺς μανιχαίους* . .	"	"	"	"	20
	c. 5.	*Οἱ εἰρημένοι*	"	"	"	"	21
	c. 6.	*Μηδεὶς τοὺς*	"	"	"	"	22
	c. 8.	*Οἱ ἀπολλιναρ.* . . .	"	"	"	"	23
	c. 9.	*Ταῖς νενομισμέναις* .	"	"	"	"	24
	c. 11.	*Ὁ μανιχαῖος*	"	"	"	"	25
	c. 12.	*Οἱ αἱρετικοὶ*	"	"	"	"	26
	c. 15.	*Οἱ μανιχαῖοι* . . .	"	"	"	"	27
	c. 16.	*Ὁ τὰ μανιχαίων* . .	"	"	"	"	28
	c. 20.	*Πάντες γενικῶς* . . .	"	"	"	"	29
	c. 21.	*Τῶν αἱρετικῶν* . . .	"	"	"	"	30
	c. 22.	*Ἡ κωλύουσα*	"	"	"	"	31
Tit. 6	c. 1.	*Ὁ ἀναβαπτίσας* (?) .	in	Bas.	III,	1,	7
	c. 2.	*Ὁ τὸν ὀρθόδοξον* . .	"	Pitra	p. 511		
	c. 3.	*Δεσπότης*	"	Bas.	I,	1,	32
Tit. 7	c. 1.	*Ὁ ἀπὸ χριστιανῶν* .	in	Bas.	LX,	54,	22
	c. 2.	*Ἐάν τις ἀποθ.* . . .	"	"	"	"	23
	c. 3.	*Ὁ προδιδοὺς* . . .	"	"	"	"	24
	c. 4.	*Ὁ τὴν ὀρθ.*	"	"	"	"	25
	c. 5.	*Ὁ δοῦλον*	"	"	"	"	26
	c. 6.	*Ὁ ἀπὸ ὀρθοδ.*	"	"	"	"	27
Tit. 8	c. 1.	*Μηδεὶς ἐν ἐδάφει* . .	in	Bas.	III,	1,	6[1])
Tit. 9	c. 3.	*Ἐὰν ἰουδαῖος* . . .	in	Bas.	LX,	54,	28
	c. 4.	*Μηδεὶς τὰς τῶν ἰουδ.*	"	"	I,	1,	33
	c. 6.	*Ἰουδαίοις χριστιανοὶ* .	"	"	"	"	34
	c. 7.	*Κατὰ τοὺς κονοὺς* .	"	"	"	"	35
	c. 8.	*Κατὰ τοὺς κονοὺς* .	"	"	"	"	36
	c. 9.	*Ἰουδαῖοι καὶ οἱ* . .	"	"	"	"	37
	c. 12.	*Οἱ τὸν οὐρανὸν* . .	"	"	"	"	38
	c. 13.	*Ἐν τῷ σαββάτῳ* . .	"	"	"	"	39
	c. 14.	*Μηδεὶς βιαζέσθω* . .	"	"	"	"	40
	c. 15.	*Μεταξὺ*	"	"	"	"	41
	c. 16.	*Ἰουδαῖοι*	"	"	"	"	42[2])

---

[1]) Syn. Σ, 1, 2 giebt den ächten Text.
[2]) Ebenso Bas. LX, 54, 29.

Tit. 9	c. 17. *Τὸν ὑπὲρ*	in Bas.	I,	1,	—[1])
	c. 18. *Μηδεὶς ἰουδαίων* . .	„ „	„	„	43
Tit. 10	c. 1. *Μὴ κεκτήσθω* . . .	in Bas.	LX,	54,	31
	c. 2. *Πᾶς μὴ*	„ „	„	„	32
Tit. 11	c. 2. *Μηδεὶς ἧπαρ* . . .	in Bas.	I,	1,	7
	c. 4. *Αἱ μὲν ἀθέμιτοι* . .	„ „	„	„	9[2])
	c. 5. *Τὰ ἱερὰ πάντα* . .	„ „	„	„	10
	c. 6. *Ἡσυχάζοντας* . . .	„ „	„	„	11
	c. 7. *Ὁ παρὰ τὰ*	„ „	„	„	12
	c. 9. *Ζητοῦντες*	„ „	„	„	14
	c. 10. *Ὅσοι μετὰ*	„ „	„	„	15
Tit. 12	c. 1. *Ἰουδαῖος τὸ*	„ „	„	„	44
	c. 3. *Μέχρι*	in Bas.	V,	1	11
	c. 4. *Μεθ' ὅπλων* . . .	„ „	„	„	13
	c. 6. *Μηδεὶς*	„ „	„	„	14[3])
	c. 7. *Μηδεὶς ταραχὰς* . .	„ „	„	„	15
Tit. 13	c. 1. *Οἱῳδήποτέ τις* (?) . .	in Bas.	XLVIII,	14,	2
	c. 2. *Ὁ ἐν ἐκκλησίᾳ* (?) . .	„ „	„	„	3

Für die folgenden Titel von Cod. lib. I finden sich durch Buch 2 und 6 der Basiliken hindurch die betreffenden Summen: es würde dies vielleicht noch vollständiger der Fall sein, wenn uns diese Bücher ganz ächt erhalten wären. (Zuweilen hat die Ausgabe von Fabrot den ächten Text, Heimbach aber Interpolationen aus dem Codex Coislinianus.) Von Cod. lib. II Tit. 6—12 giebt uns das achte Buch der Basiliken die Summe regelmässig im Texte, während der Thaleläus in den Scholien enthalten ist.

In Cod. 1, 2, 6 hat die Summe am Schlusse *καὶ θείῳ νόμῳ*, und denselben Zusatz hat auch das *κατὰ πόδας* (oder das *πλάτος τῆς διατάξεως*, wie es bei Pitra II p. 533 heisst), während unsere Handschriften des Codex ebensowenig wie der Codex Theodosianus diesen Zusatz haben. Und im Cod. 1, 51, 7

[1]) Diese Summa ist erhalten bei Pitra II p. 603.

[2]) Der von mir übersehene Text findet sich bei Pitra II p. 531.

[3]) Den ächten Text scheint die Epit. 8, 16 zu geben. Eine ähnliche Summa hat Attal. 3, 19. Im Cod. Coisl. (und kürzer bei Fabrot und dem sog. Theod. Herm.) ist ein Index mit Stücken des *κατὰ πόδας* interpolirt.

Digitized by Google

und 2, 7, 4 werden in der Summa die Worte post patris obitum (*μετὰ τελευτὴν τοῦ πατρὸς*), auf die Thaleläus so grosses Gewicht legt, ebenfalls nicht übergangen. Wegen dieser anscheinenden Verwandtschaft mit Thaleläus habe ich in der oben angeführten Abhandlung die Summe für identisch mit dem Index des Thaleläus gehalten. Allein dagegen spricht z. B., dass der Schluss von Cod. 1, 1, 4 in der Summe nicht so lautet wie im Codex repetitae praelectionis und im *κατὰ πόδας*, vielmehr so wie in der Originalconstitution. Ferner sagt in Cod. 2, 6, 6 die Summe bei § 5: *ἀλλὰ καὶ ἐν ἐπαρχίαις ἐξεῖναι τοῖς ἔχουσιν ἀξίαν δίχα ἀρχῆς, τουτέστιν ὀνοραρίους κωδικέλλους, συνηγορεῖν.* Das steht ebensowenig in der Constitution wie im Index des Thaleläus: Letzterer hebt vielmehr besonders hervor, dass der § 5 nur für Rom gelte. In Cod. 2, 6, 7 übersetzt die Summe das cum pluribus (al. plurimis) mit *παρὰ πολλοῖς*, Thaleläus aber mit *μετὰ πάντων.* In Cod. 2, 7, 1 heisst es: Wenn Du fälschlich Deinen Advocaten wegen Prävarication anklagst, calumnia notaberis. Dies übersetzt das *κατὰ πόδας* mit *ἐπὶ συκοφαντίᾳ σημειωθήσῃ* und eine *παραγραφὴ* dazu bemerkt, *οὐχ ὅτι ἀτιμοῦται κτλ.* Die Summe aber sagt bestimmt *ἀτιμωθήσεται.* Endlich in Cod. 2, 7, 8 weiss die Summe von dem Zusatze im *κατὰ πόδας* „*γινομένους αὐτοὺς συγκλητικούς*“ überall nichts. Uebrigens fehlt es auch nicht an Constitutionen, von welchen uns neben der Summa auch noch der Index des Thaleläus erhalten ist, so dass an der Verschiedenheit Beider nicht gezweifelt werden kann; man vergleiche Cod. 2, 6, 4 sqq. Ebensowenig als Thaleläus kann ein anderer der bekannten Commentatoren des Codex als Verfasser der Summa angesehen werden, wie sich bei einer Vergleichung mit den entsprechenden Stellen anderer Bearbeitungen alsbald ergiebt. Sie wird daher einem unbekannten Verfasser zugeschrieben werden müssen.

Wo derselbe gelebt und geschrieben hat, kann wohl aus den von ihm angeführten Beispielen und sonstigen Bemerkungen geschlossen werden. So erwähnt er eines in Emesa stattgehabten Erdbebens zu Cod. 1, 3, 26. Bei Cod. 2, 7, 6 wird beispielsweise eines Processes in Berytus oder Tyrus und der Willkür der Provincialbehörden gedacht. Wir werden daher nicht fehl gehen, wenn wir ihn in Beryt leben und lehren

Digitized by Google

lassen, also neben Thaleläus, der ja auch seine Beispiele häufig (z. B. Cod. 2, 11, 9) aus Berytus entnimmt.

Fragt man nach der Zeit der Abfassung, so scheinen die Summen z. B. von Cod. 1, 5, 20—22 d. h. von Constitutionen Justinian's, welche erst nach 529 erlassen und dann in die repetita praelectio des Codex aufgenommen worden sind, zu beweisen, dass die Summa erst nach 534 verfasst sein kann. Indessen wir werden im Folgenden mehrfach Gelegenheit haben zu bemerken, dass, wie der Codex eine secunda editio erhalten hat, so andere ältere Bearbeitungen desselben später revidirt und ergänzt worden sind. Man wird daher die Beweiskraft der Auszüge aus neueren Constitutionen nicht hoch anschlagen können. Dagegen wiegt der Beweis, der sich aus den die Summe begleitenden *παραγραφαὶ* für ein höheres Alter der Summe ergiebt, um so schwerer. Um dies zu erkennen, bedarf es zuvörderst einer Richtigstellung der Basilikenausgabe von Heimbach. (Er folgte Ruhnken, während die Hänelsche Handschrift ihn eines besseren hätte belehren sollen.) Hier beginnt to. I p. 335 unter der Ueberschrift *Θαλελαίου* der Index von Cod. 2, 6, 6, worauf p. 336 zunächst Stücke des *κατὰ πόδας* und Bemerkungen dazu stehen. Nun erst kommt die den Text der Basiliken bildende Summe der c. 6 cit. und zwar nur deren erster Theil, worauf vier Anmerkungen zur Summe[1]) auf p. 337 folgen. Zuletzt steht der zweite Theil der Summe, an welchen sich p. 338 verschiedene Anmerkungen des Thaleläus reihen. Es bemerkt nun die letzte der vier Anmerkungen zur Summe, und zwar zu dem Verbote des Verschleppens eines Processes durch den Anwalt: *αὔτη μὲν ἡ διάταξις ἀπηγόρευσε τοῦτο γίνεσθαι, τοῦ εὐσεβεστάτου δὲ ἡμῶν βασιλέως νομοθεσία μετὰ τοῦτον ἐξενεχθεῖσα τὸν κώδικα ἐπιτρέπει τοῖς ἄρχουσι καὶ προστίμοις σωφρονίζειν τοὺς δικολόγους κτλ.* Die Verordnung aber, auf welche Bezug genommen wird, ist die l. 13 § 9 C. 3, 1 vom Jahre 530: indem diese als nach

---

1) In der dritten Anmerkung ist das *ἐν πίστει* nicht etwa mit Ruhnken und Heimbach zu corrigiren in *ἐν ἄστει*(!) sondern es ist aus den Worten quem in propriam recepit fidem in § 2 der Verordnung zu erklären.


Digitized by Google

Publication des Codex erlassen bezeichnet wird, kann nur die erste Ausgabe des Codex unter *οὗτος ὁ κῶδιξ* gemeint sein, und es muss der Verfasser der Anmerkung vor dem Erscheinen der zweiten Ausgabe, also zwischen 529—534 geschrieben haben. Daraus, dass er mithin den Codex nach der ersten Ausgabe citirt, erklärt sich z. B. dass er bei Cod. 2, 12, 11 sagt, diese Verordnung sei *αὐτολεξεὶ* in Cod. 5, 61, 1 wiederholt, während sie doch unsere Handschriften der secunda editio dort nicht haben[1]).

Bei der Wichtigkeit, welche soeben der Anmerkung *Αὕτη μὲν ἡ διάταξις* für die Bestimmung des Alters der Summe beigelegt worden ist, darf indessen nicht verschwiegen werden, dass die gegebene Deutung derselben einem Bedenken unterliegt. Bei Cod. 7, 16, 17 macht ein Scholiast zu einer *παραγραφὴ* des Thaleläus die Bemerkung: *διὰ τοῦτο οὐκ εἶπεν* (scil. *ὁ Θαλέλαιος*) *ὅτι δοῦλοι γεγόνασι τῆς τιμωρίας, ἐπειδὴ διάταξίς ἐστι μετὰ τοῦτον τὸν εὐσεβῆ κώδικα ἐξενεχθεῖσα, ἥτις κελεύει τὸν εὐγενῆ ἀπὸ τιμωρίας μὴ καταδουλοῦσθαι,* womit offenbar auf Nov. XLVIII (22) c. 8 hingewiesen wird. Wegen der Gleichheit der Ausdrucksweise ist man versucht, bei der Anmerkung *Αὕτη* an denselben Scholiasten und an eine ebenmässige Verweisung — nicht an l. 13 § 9 C. cit., sondern an eine uns nicht erhaltene Novelle zu denken. Und zwar letzteres um so mehr, als in einer Anmerkung zu Cod. 2, 7, 18 dieselbe *διάταξις τοῦ εὐσεβεστάτου βασιλέως ἡμῶν* angeführt wird, in welcher jedoch zweimal von einer Mulct von drei Pfund Goldes die Rede ist, während die l. 13 § 9 C. cit. nur zwei Pfund Goldes setzt. Allein es wäre doch wunderbar wenn von einer Novelle des angegebenen Inhalts sonst nirgends eine Spur sich erhalten haben sollte. Es wird daher entweder anzunehmen sein, dass in der Anmerkung zu Cod. 2, 7, 18 zweimal statt *τρεῖς* vielmehr *δύο* (statt *γ'* vielmehr *β'*) zu corrigiren ist, oder aber

[1]) Krüger supplirt sie, obwohl auch die Basiliken und Tipucitu dagegen sind. — Wenn übrigens in Cod. 2, 3, 11 eine Anmerkung als *διάτ. α' καὶ β'* von Cod. 4, 47 anführt, was in der secunda editio c. 2 und 3 ist, so rührt diese Anmerkung nicht vom Verfasser der Summa her, sondern, wie wir unten sehen werden, von Thaleläus.


Digitized by Google

dass in der ersten Auflage des Codex ein *πρόστιμον* von drei Pfund Goldes angedroht war, was in der zweiten auf zwei ermässigt worden ist. In jenem Falle bleibt es bei der Beziehung auf die unveränderte l. 13 § 9 C. cit., im anderen Falle wäre zu folgern, dass die Anmerkung *Αὕτη* auch aus diesem Grunde vor dem Erscheinen der repetita praelectio geschrieben sein muss.

Zum Schlusse soll darauf hingewiesen werden, dass in den Basiliken und deren Scholien sich, wie es scheint, keine Spuren einer Benutzung der Summe über Cod. 2, 12 hinaus vorfinden. Man ist fast versucht zu vermuthen, dass dieselbe überhaupt sich nicht weiter erstreckt habe, gleich als ob die Ausarbeitung durch Justinians Einschränkung der Schriftstellerei in der c. Deo auctore § 12 und c. Tanta und *Δέδωκεν* § 21 unterbrochen worden wäre.

III.

Der Codex des Thaleläus.

Bekanntlich hat Heimbach die Bücher 1—7. 9. 10 der Basiliken aus dem Cod. Coislin. 151 herausgegeben, welcher ebensowenig als der von Fabrot gebrauchte Cod. Paris. gr. 1352 den ächten Text und zwar insbesondere in den ersten Büchern der Basiliken wiedergiebt. Ich habe dies ausführlich nachgewiesen in den oben angeführten Beiträgen zur Kritik und Restitution der Basiliken, und ebendaselbst den Versuch gemacht, den ächten Text wenigstens von Basil. lib. I zu restituiren. Man muss diesen Zustand der gedruckten Basiliken stets vor Augen haben, wenn man Untersuchungen wie die nachfolgenden anstellen will.

Es hat nun der Interpolator der Basiliken im Cod. Coisl. 151 zu seinen Interpolationen sich einer Bearbeitung des Codex bedient, aus welcher auch Theodorus Bestes, der Commentator des Nomocanon XIV titulorum, geschöpft hat, indem er dieselbe schlechtweg *κῶδιξ* [1]) nennt. Es ist dies zu folgern aus den Bruchstücken, welche Pitra

---

[1]) Ebenso nennt den Codex des Thaleläus schlechtweg *κῶδιξ* der Scholiast zu Bas. XXI, 3, 12 und zu LX, 58 schol. h.


Digitized by Google

Iuris eccl. Graecor. monumenta To. II von dem Commentare des Theodorus Bestes mittheilt. Denn Letzterer giebt z. B. bei Pitra p. 458 als aus dem *κῶδιξ* entlehnt die Constitutionen von Cod. 1, 1, 1 sqq. in derselben Fassung, wie sie sich im Cod. Coisl. 151 als Basil. 1, 1 sqq. finden. Damit man sich ein Bild von diesem *κῶδιξ* verschaffen könne, will ich in einer Tabelle nachweisen, was sich daraus für Cod. 1, 1—13 theils in Heimbach's Basiliken, theils bei Pitra findet.

Tit. 1	c. 1.	*Πάντας τοὺς δήμους (κπ)*[1]	Bas. I, 1. Pitra p. 458.
	c. 2.	*Μηδεὶς τοῖς αἱρετικοῖς (κπ)*	Bas. I, 2.
	c. 3.	*Θεσπίζομεν* (Const. graeca)	Bas. I, 3.
	c. 4.	*Μήτε κληρικὸς (κπ?)*	Bas. I, 4.
	c. 5.	*Τῆς ὀρθῆς* (Const. graeca)	Bas. I, 5. Pitra p. 459.
	c. 6.	*Τὸν σωτῆρα* (Const. graeca)	Bas. I, 6. Pitra p. 459. 638.
	c. 7.	*Γινώσκειν* (Const. graeca)	Bas. I, 7. Pitra p. 459. 462. 638.
	c. 8.	*Ἐν τῇ λαμπρότητι (κπ)*	Bas. I, 8. Pitra p. 459.
Tit. 2	c. 6.	*Πάσης καινοτομίας (κπ)*	Pitra p. 462.
	c. 12.	*Τὰ προνόμια (κπ)*	Pitra p. 460.
	c. 15.	*Εἴ τις δωρεὰν* (Const. graeca)	Pitra p. 484.
	c. 16.	*Πάντων ἀναιρουμένων (κπ)*	Pitra p. 463.
	c. 17.	*Θεσπίζομεν* (Const. graeca)	Pitra p. 460. 498.
	c. 21.	*Θεσπίζομεν (κπ)*	Pitra p. 498 sq.
	c. 24.	*Πάντων* (Const. graeca)	Pitra p. 542. 580. 638.
Tit. 3	c. 5.	*Εἴ τις (κπ)*	Pitra p. 565.
	c. 6.	*Πρεσβυτέρους (κπ)*	Bas. III, 3, 5.
	c. 9.	*Μηδεμία (κπ)*	Pitra p. 477.
	c. 11.	*Ταῖς ἐπιχωρίοις* (index?)	Pitra p. 480.
	c. 12.	*Εἴ τις βουλευτὴς (κπ)*	Pitra p. 464. 474.
	c. 13.	*Εἴ τις τὰ (κπ?)*	Pitra p. 460. 638.
	c. 15.	*Ἀθέμιτος* (index?)	Pitra p. 506.
	c. 16.	*Εἴ τις ἐν τοῖς (κπ)*	Pitra p. 480.

[1]) Die Abkürzung *κπ* = *κατὰ πόδας* bedeutet wörtliche Uebersetzung des lateinischen Textes.

Digitized by Google

Tit. 3 c. 17.	*Ἵνα μηδὲν (κπ?)*	[1])
c. 19.	*Τοὺς τὴν ἐπαινετὴν* (index)	[2])
c. 22.	. . . . *τὸ λοιπὸν κελεύομεν (κπ)*	Bas. III, 1, 2.
c. 23.	*Ἐπειδὴ ὁ ἀοίδιμος (κπ)* . .	Pitra p. 546 sq.
c. 25.	*Τοῖς κωνσταντινουπόλεως* (index)	Pitra p. 533. 544. 573. 596.
c. 26.	*Μήτε μοναχὸς* (index) . .	Bas. I, 10.
c. 27.	*Μετὰ τὴν οἰκείαν* (index) .	Bas. III, 3, 7.
c. 28.	*Μηδενὶ ἐξεῖναι (κπ)* . . .	Pitra p. 492.
c. 29.	*Οἱ ἐν τοῖς* (Const. graeca) .	Bas. I, 1, 9.
c. 30.	*Ὁ μὲν σύντομος* (index et *κπ*)	Pitra p. 464. 474.
c. 32.	*Πάντας τοὺς* (index) . . .	Pitra p. 534.
c. 33.	*Οἱ ἱερεῖς* (index)	Pitra p. 584.
c. 35.	*Πᾶσαν πόλιν* (Const. graeca)	Pitra p. 460. 472.
c. 36.	*Οἱ ἐναπόγραφοι* (index) . .	Pitra p. 480. 595. 640.
c. 37.	*Οἱ δοῦλοι* (index)	Pitra p. 595.
c. 38.	. . . . *Καὶ τοῦτο δὲ θεσπίζομεν* (Const. graeca)	Pitra p. 590. 596[3])
c. 39.	*Θεσπίζομεν μηδένα* (Const. graeca).	Pitra p. 473. 595.
c. 40.	*Τῇ ἀνακεφαλαιουμένῃ (κπ)* .	[4])

---

[1]) Der Dubliner Codex des Commentars des Theodorus Bestes giebt ad Nomoc. 8, 13 Folgendes: *Ἵνα μηδὲν κοινὸν ἔχωσιν οἱ κληρικοὶ πρὸς τὰς δημοσίας πράξεις ἤτοι διοικήσεις ἢ πρὸς τὰς ἀνηκούσας τοῖς βουλευτηρίοις, εἰ μὴ ἄρα βουλευτικῆς εἰσι τύχης.*

[2]) Derselbe ad Nom. 8, 14: *Τοὺς τὴν ἐπαινετὴν ἐπιστήμην μεταδιώκοντας τουτέστι τοὺς κληρικοὺς οὐ δεῖ χραίνεσθαι τῇ τῆς ἀδελφικῆς προσηγορίας συνοικεσίᾳ· οἱοσδήποτε τοιγαροῦν ἢ οἱουδήποτε βαθμοῦ κληρικὸς ἀπηγορευμένον ἑαυτῷ γινωσκέτω τὸν γάμον καὶ πάσης γυναικὸς συνοικέσιον, καὶ μόνῃ συνοικείτω μητρὶ ἢ θυγατρὶ ἢ ἀδελφῇ ὁμοπατρίῳ. ἐν ταύταις γὰρ οὐδεμίαν ὑπόνοιαν συγχωρεῖ προσελθεῖν ἡ πίστις τῆς φύσεως. εἰ δὲ καὶ γαμετὰς πρὸ τῆς χειροτονίας εἶχον, μὴ καταλιμπανέτωσαν αὐτὰς ὧν τὸ συνοικέσιον ἀξίους τῆς ἱερωσύνης ἀπέδειξεν.*

[3]) Dieses Stück der Originalconstitution, welches sich im Dubliner Codex bei Nom. 6, 1 erhalten hat, ist in Krüger's Ausgabe des Codex mitgetheilt.

[4]) Der Dubliner Codex giebt bei Nom. 8, 13 Folgendes: *Τῇ ἀνακεφαλαιουμένῃ νομοθεσίᾳ οὐ μόνον τοῖς τυχοῦσι δικασταῖς τῶν ἐπαρχιῶν ἀλλὰ καὶ τοῖς ἐκδίκοις τῶν ἐκκλησιῶν τῆσδε τῆς λαμπρᾶς πόλεως, ὅπερ αἰσχρότατον ἐμφανίζεσθαι τὰς ἐσχάτας τῶν τελευτησάντων βουλήσεις τῷ*

Digitized by Google

Tit. 3	c. 41.	*Πᾶσαν ἀεὶ* (Const. graeca) .	Pitra p. 465. 474. 542. 580. 583. 639.
	c. 42.	*Πᾶσαν ἀεὶ* (Const. graeca) .	Pitra p. 465. 474.
	c. 44.	*Τῶν ἱερῶν* (Const. graeca) .	Pitra p. 461. 565. 638.
	c. 45.	*Θεσπίζομεν* (Const. graeca) .	Pitra p. 484. 492.
	c. 47.	*Θεσπίζομεν* (Const. graeca) .	Pitra p. 465.
	c. 48.	*Εἴ τις ἂν πρός (κπ)* . . .	Pitra p. 494 sq.
	c. 50.	*Εἴ τις ἐν τῷ (κπ?)* . . .	Pitra p. 537.
	c. 51.	*Γενικῶς (κπ)*	Pitra p. 529.
Tit. 4	c. 2.	*Ἐάν κληρικὸς (κπ)*	Pitra p. 537.
	c. 4.	*Αἱ μιμάδες (κπ)*	Pitra p. 598 [1])
	c. 7.	*Ἐάν τινες (κπ)*	Pitra p. 537.
	c. 8.	*Ἡ τοῦ ἐπισκόπου (κπ?)*. .	Pitra p. 537.
	c. 10.	*Οἱ μαθηματικοὶ (κπ)* . . .	Bas. I, 1, 21.
	c. 13.	*Εἴ τις* (index)	Pitra p. 537.
	c. 29.	*Θεσπίζομεν* (Const. graeca)	Pitra p. 537.
	c. 33.	*Θείαν* (Const. graeca) . . .	Pitra p. 627.
	c. 34.	*Σφόδρα* (Const. graeca) . .	Pitra p. 559.
Tit. 5	c. 2.	*Πᾶσαι* (index)	Bas. I, 1, 22.
	c. 3.	*Πάντες* (index)	Bas. I, 1, 23.
	c. 4.	*Τοὺς μανιχαίους* (index) . .	Bas. I, 1, 24.
	c. 5.	*Καὶ οἱ* (index)	Bas. I, 1, 25.
	c. 6.	*Καταγνωσθέντος* (index) . .	Bas. I, 1, 26.
	c. 8.	*Πᾶς (κπ?)*	Bas. I, 1, 27.
	c. 9.	*Ἀνθρώπινον* (Const. graeca)	Bas. I, 1, 28.
	c. 11.	*Θεσπίζομεν* (Const. graeca) .	Bas. I, 1, 29.
	c. 12.	*Τοὺς αἱρετικοὺς* (Const. graeca)	Bas. I, 1, 30.
	c. 15.	*Τῶν ἀτυχησάντων* (Const. graeca)	Bas. I, 1, 31.

γένει (l. *τὸ γένος*) *ἐνέσκηψε, παραινοῦντες θεσπίζομεν μὴ τοῦ πράγματος καθάψοιντο ὅπερ οὐδενὶ παντελῶς τῶν ἁπάντων κατὰ τὰς τῶν διατάξεων κελεύσεις ἤπερ τῷ τῶν κήνσων μαγίστρῳ ἁρμόζει. ἀπεικὸς γὰρ καὶ τοῖς κληρικοῖς ἐστι* (l. *ἔτι*) *μὲν οὖν γε καὶ ἐπονείδιστον, ἐὰν ἐμπείρους ἑαυτοὺς βουληθῶσι τῶν διάταξεων* (l. *διαλέξεων*) *εἶναι τῶν ἔξω. ὑποβάλλεται* (l. *ἐπιβ.?*) *τοῖς προπετέσι τούτου τοῦ θεσπίσματος ποινὴ ν΄ λιτρῶν χρυσίου.*

[1]) Der Dubliner Codex giebt den Schluss richtig also: *δημοσίως τῷ σχήματι τῶν παρθένων τῶν τῷ θεῷ ἀφιερωμένων μὴ κεχρήσθωσαν.*

Digitized by Google

Tit. 5	c. 16.	*Εἴ τις* (Const. graeca) . .	Bas. I, 1, 32.
	c. 18.	*Πάντων* (Const. graeca) . .	Pitra p. 468 sq.
	c. 20.	*Ἔγνωμεν* (Const. graeca) . .	Bas. I, 1, 33.
	c. 21.	*Ἐπειδήπερ (κπ)*	Bas. I, 1, 34 et XXI, 1, 45.
	c. 22.	*Τὴν ἡμετέραν (κπ)*	Bas. I, 1, 35.
Tit. 6	c. 1.	*Εἴ τις* (index)	Pitra p. 513.
	c. 2.	*Εἴ τις* (index)	Pitra p. 513.
	c. 3.	*Μηδενὶ* (index)	Bas. I, 1, 36 et LX, 54, 21.
Tit. 7	c. 3.	*Οἱ τὴν ἁγίαν* (index) . . .	Pitra p. 577.
	c. 4.	. . . . *Καὶ ἵνα μὴ (κπ)* . .	Bas. LX, 54, 25 schol.
Tit. 8	c. 1.	*Ὁπηνίκα (κπ)*	Pitra p. 459.
Tit. 9	c. 1.	*Ὅπερ (κπ)*	[1]
	c. 2.	*Ὁ κράτιστος (κπ)*	[2]
	c. 4.	*Ἐν τῇ* (index)	Bas. I, 1, 37.
	c. 6.	*Μή τις* (index)	Bas. I, 1, 38.
	c. 7.	*Μηδεὶς* (index)	Bas. I, 1, 39.
	c. 8.	*Οἱ ἰουδαῖοι* (index aut *κπ*) .	Bas. I, 1, 40.
	c. 9.	*Μηδεὶς* (index)	Bas. I, 1, 41.
	c. 12.	*Ἐλέγοντο* (index)	Bas. I, 1, 42.
	c. 13.	*Καὶ ἐν τῷ* (index)	Bas. I, 1, 43.
	c. 14.	*Ἰουδαῖος* (index)	Bas. I, 1, 44.
	c. 15.	*Εἴ τις* (index)	Bas. I, 1, 45.
	c. 16.	*Οἱ ἰουδαῖοι* (index) . . .	Bas. I, 1, 46.
	c. 18.	*Πᾶσιν* (index)	Bas. I, 1, 47.
Tit. 11	c. 1.	*Ἐν πᾶσι τόποις* (index) . .	Pitra p. 605.
	c. 2.	*Μηδεὶς* (index)	Bas. I, 1, 12.
	c. 3.	*Ὥσπερ* (index)	Bas. I, 1, 13.
	c. 4.	*Ὥσπερ (κπ)*	Bas. I, 1, 14.
	c. 5.	*Πάντας (κπ)*	Bas. I, 1, 15.

[1]) Die Dubliner Handschrift hat bei Nom. 6, 3 und 12, 9: *Ὅπερ ἡ κορνηλία σιλβία τῇ ὁμάδι τῶν ἐν ἀντιοχείᾳ τῇ πόλει καθεστηκότων ἰουδαίων κατέλιπεν ἀπαιτεῖσθαι οὐ δύναται.*

[2]) Dieselbe Handschrift bei Nom. 7, 4: *Ὁ κράτιστος τοῦ ἔθνους ἡγούμενος ταῖς σωματικαῖς ὑπηρεσίαις τῇ τῆς θρησκείας ἡμέρᾳ καθ' ἣν ἀργεῖν εἰώθατε μὴ ἐνοχλεῖσθαι ὑμᾶς προνοήσει.*

Digitized by Google

Tit. 11	c. 6.	*Καὶ οἱ ἀληθεῖς (κπ)* . . .	Bas. I, 1, 16.
	c. 7.	*Μηδεὶς (κπ)*	Bas. I, 1, 17.
	c. 8.	*Ὅσα πολλάκις (κπ)* . . .	Bas. I, 1, 18.
	c. 9.	*Προστάττομεν*[1] (Const. graeca)	Bas. I, 1, 19.
	c. 10.	*Ἐπειδή τινες* (Const. graeca)	Bas. I, 1, 20. Pitra p. 510.
Tit. 12	c. 1.	*Οἱ ἰουδαῖοι (κπ)*	Bas. I, 1, 48. Pitra p. 510.
	c. 3.	. . . . *τοὺς μετὰ ὅπλων* (Const. graeca)	Pitra p. 560.
	c. 6.	. . . . *ἐὰν δὲ ἐντὸς τῶν ὅρων*	Bas. V, 1, 14.
		. . . . *ἐὰν δήπου* (Const. graeca)	Pitra p. 560.
	c. 8.	*Ὁσάκις* (Const. graeca) . .	Bas. V, 1, 16.
Tit. 13	c. 1.	*Ἤδη πάλαι (κπ)*	Pitra p. 634.
	c. 2.	*Οἵτινες (κπ)*	Pitra p. 634.

Dass die Stücke einer Bearbeitung des Codex, welche in vorstehender Tabelle für Cod. I, 1—13 nachgewiesen sind, keinem der ausser Thaleläus sonst bekannten Commentatoren des Codex, namentlich nicht dem Isidorus, zugeschrieben werden können, liesse sich leicht durch Vergleichung mit den erhaltenen Bruchstücken dieser anderen Commentare beweisen. Es bedarf aber überhaupt nicht eines derartigen umständlichen Beweises. Denn dass der in Rede stehende *κῶδιξ* den Antecessor Thaleläus zum Verfasser hatte, ist für Cod. 1, 5, 25 in den Scholien der Basiliken zu dieser Stelle, für Cod. 1, 9, 7. 8. 9 und 11, 5 in den Scholien der Synopsis (p. 362. 364 sq. meiner Ausgabe) und an anderen Orten (vergl. Basil. I p. 648. 662. 663. II p. 403. 570. 727. III p. 14. V p. 323) ausdrücklich bezeugt. Endlich der Verfasser des Tractats über die Peculien (Heimbach *Ἀνέκδ.* II p. 257) bezeichnet den Thaleläus gradezu als *τὸ ῥητὸν ἐκ τῶν ῥωμαϊκῶν διὰ μεταφράσεως εἰς τὴν ἑλληνίδα παραδιδούς.*

Von dem Codex des Thaleläus sind uns aber nicht blos die in vorstehender Tabelle aufgeführten Bruchstücke erhalten, sondern es ist vielmehr in den Basiliken und insbesondere in

[1]) Der Schluss dieser Constitution bildet im Cod. Coisl. und bei Heimbach den Anfang der folgenden. Krüger hat dies im Codex bereits corrigirt.

Digitized by Google

deren Scholien von dem Codex des Thaleläus auch bei den folgenden Titeln und Büchern des Codex der ausgiebigste Gebrauch gemacht worden. Der Commentar des Thaleläus besteht aus drei Theilen, einem Index (Einleitung und Inhaltsangabe) jeder Constitution, einer wörtlichen Uebersetzung derselben *(τὸ κατὰ πόδας)* und Anmerkungen zu Letzterer *(παραγραφαί)*. In der Regel ist der Text der Basiliken aus dem Index entnommen, während der etwa übergangene Theil desselben, das *κατὰ πόδας* und die Anmerkungen sich in den Scholien vorfinden. Man vergleiche z. B. Cod. 3, 41, 1. Zuweilen indessen giebt der Text der Basiliken den Index und das *κατὰ πόδας*, die Anmerkungen aber stehen in den Scholien, so beispielsweise von Cod. 3, 29, 3. 5, 3, 3. 9, 16, 6. Oder das *κατὰ πόδας* bildet den Text, Index und Anmerkungen finden sich in den Scholien, z. B. bei Cod. 3, 28, 1. 2. 32. 4, 2, 1. 14, 1. 7, 7, 2. 9, 4. 4. Mitunter sind auch Anmerkungen im Texte der Basiliken selbst dem Index oder dem *κατὰ πόδας* angehängt, z. B. bei Cod. 3, 31, 8. 35, 4. 36, 25. 9, 9, 8. Freilich scheinen die Redactoren der Basiliken bez. ihrer Scholien diesen *κῶδιξ* nicht vollständig besessen zu haben. Denn nicht nur geben sie keine Stelle aus dem achten Buche des Codex, wo statt dessen überall der Codex des Isidorus benutzt ist, sondern es scheint auch die Bemerkung *εἶτα λείπει* bei Cod. 2, 3, 13 (Basil. I p. 656) von einer Lückenhaftigkeit der Handschrift verstanden werden zu müssen. Trotzdem aber ist in den erhaltenen Bruchstücken ein namhafter Theil des von Thaleläus verfassten *κῶδιξ* auf uns gekommen.

Gleichwohl ist es ungemein schwierig, über Entstehung, Natur und Umfang desselben zur Klarheit zu gelangen. Im Nachstehenden soll versucht werden, das Thatsächliche darzustellen und daran Vermuthungen zu knüpfen.

Cod. 1, 3, 30 lautet bei Pitra p. 464. 474: *Ὁ μὲν σύντομος νοῦς τῆς διατάξεως*[1], *μηδένα ἐπὶ χρήμασι χειροτονεῖν ἢ χειροτονεῖσθαι ἐπίσκοπον, τὸν δὲ ποιοῦντα καὶ ἐκβάλλεσθαι τοῦ θρόνου καὶ ἀτιμοῦσθαι διηνεκῶς. ἐπειδὴ δὲ τὸ ῥητὸν*

---

[1]) Der *νοῦς τῆς διατ.* ist eine von Thaleläus häufig gebrauchte Redensart, z. B. im Scholium zu Basil. 2, 3, 1. 8, 2, 86 und 11, 1, 62.

Digitized by Google

διὰ πολλοῦ πέφρασται καὶ δυσχερές ἐστιν, ἀνάγκην ἔσχον καὶ ἐν τῷ ἴνδικι τὸ[1]) *κατὰ πόδας αὐτῆς εἰπεῖν ἔχον οὕτως· Εἴ τις ἐν τῇ βασιλίδι πόλει κτλ.* Hier unterscheidet also Thaleläus seinen Index von dem *κατὰ πόδας*, und bezeichnet zugleich das *κατὰ πόδας* durch Vorsetzung des bestimmten Artikels als etwas vor Abfassung des Index Existirendes und Bekanntes: endlich zeigt die Stelle, dass Thaleläus seinen Index unter Berücksichtigung des *κατὰ πόδας* geschrieben hat. Sehr anschaulich wird dies Alles z. B. durch Cod. 2, 3, 10. Hier heisst es im schol. 1 zu Bas. 11, 1, 72: *Τὸ κατὰ πόδα(ς)*[2]) *οὕτως ἔχει· Ἀπὸ τοῦ συμφώνου μὲν δι' οὗ συμπεφωνηκέναι — ἐμμείνωσιν ἁρμόζει.* Der im Texte der Basiliken enthaltene Index des Thaleläus dagegen sagt: *ἀντέγραψεν ὁ βασιλεὺς οὕτως· Ἀπὸ μὲν τοῦ συμφώνου τοῦ γενομένου παρὰ τῆς μητρυιᾶς . . . . τὰ σύμφωνα ἁρμόζει.* Der Index giebt also hier nicht das eigentliche ältere *κατὰ πόδας,* sondern mehr eine Paraphrase des Textes. Aehnlich Cod. 2, 4, 13: hier bildet das *κατὰ πόδας* den Text, wie Bas. 11, 2, 30 schol. 1 med. gesagt ist, der Index aber (ebenda *ἡ διάτ. αὕτη κτλ.*) giebt eine Paraphrase. Ebenso der Index von Cod. 2, 4, 36 in Bas. 11, 2, 53 im Verhältniss zu dem ebenda schol. 3 erhaltenen *κατὰ πόδας.* Bas. 11, 2, 58 giebt die Paraphrase aus dem Index, das schol. 1 das *κατὰ πόδας* von Cod. 2, 4, 41. In Cod. 2, 6, 6 werden die Worte „. . . in eadem causa . . . nec enim conniventia commodanda est . . . . in adversarii sui contumeliam aut palam pergat aut subdole . . . . videlicet ut non ad turpe compendium stipemque deformem haec accipiatur occasio . . ." im *κατὰ πόδας* übersetzt *ἐν τῷ αὐτῷ πράγματι . . . οὐδὲ γὰρ προσποίησίς ἐστι συγχωρητέα . . . εἰς τὴν τοῦ ἀντιδίκου ὕβριν ἢ προφανῶς βαδίζειν ἢ μετὰ δόλου τινὸς καὶ αἰνίγματος . . . . δηλαδὴ ἵνα μὴ πρὸς αἰσχρὸν κέρδος καὶ ἔρανον*

---

[1]) Pitra hat gelesen oder drucken lassen *ἐν τῷ ἰδίκτῳ τῷ.*

[2]) Man kann sprechen von Uebersetzung einer einzelnen Stelle oder Constitution *κατὰ πόδα.* Das Werk aber, welches sämmtliche Constitutionen des Codex *κατὰ πόδα* übersetzt, heisst *τὸ κατὰ πόδας,* und mit demselben Worte werden die daraus entnommenen Bruchstücke bezeichnet.

Digitized by Google

ἀπρεπῆ αὕτη λαμβάνηται ἡ ἀφορμή ...., im Index dagegen ... *ἐν τῇ αὐτῇ ὑποθέσει* .... *οὐδὲ γὰρ συγχωρητεόν ἡμῖν ἐστιν ἵνα τὶς* ... *εἰς ὕβρεις τοῦ ἀντιδίκου φανερῶς ἢ λαθραίως προάγηται* ... *ἵνα μέντοι μὴ εἰς κέρδος αἰσχρὸν καὶ εἰς ἔρανον ἀπρεπῆ τὴν τοῦ συνηγορεῖν ἐξουσίαν λαμβάνωσιν* . . (Basil. I p. 335 sqq.) Besonders lehrreich ist Cod. 2, 12, 10. Hier lässt der Index des Thaleläus auf die Worte *ἀντέγραψε* (scil. *ὁ βασιλεὺς*) *οὕτως* eine an die Worte des Rescripts oder dessen *κατὰ πόδας* sich anschliessende Paraphrase folgen, im Anschluss aber steht das eigentliche *κατὰ πόδας*. Ich habe dies Alles etwas ausführlicher hervorheben zu müssen geglaubt, weil es für die Kritik des Codex von Wichtigkeit ist. Denn es ist selbstverständlich das *κατὰ πόδας* für den lateinischen Text einer Constitution ein weit wichtigeres Hülfsmittel der Kritik als eine etwa im Index enthaltene Paraphrase. Freilich in sehr vielen Fällen ist es kaum möglich, die Frage, ob eine in den Basiliken erhaltene Uebersetzung dem *κατὰ πόδας* oder dem Index des Thaleläus entstamme, mit Sicherheit zu beantworten. (Ist in der vorstehenden Tabelle eine Stelle durch Beifügung der Abkürzung *κπ.* als wörtliche Uebersetzung bezeichnet, so soll damit nicht gesagt sein, dass sie g e w i s s das eigentliche *κατὰ πόδας* gebe.) Wo die Uebersetzung ausdrücklich als *τὸ κατὰ πόδας* bezeichnet wird, ist natürlich kein Zweifel möglich: aber wo die Uebersetzung auf die Worte *ἀντιγράφει ὁ βασιλεὺς* oder *λέγει ἡ διάταξις* folgt, wo sie also aus dem Index stammt[1]), oder wo über die Quelle überall nichts feststeht, bleibt es immer zweifelhaft, ob hier Thaleläus das *κατὰ πόδας* einfach wörtlich wiedergegeben, oder aber etwas anders gefasst hat.

Nach dem oben angeführten Index von Cod. 1, 3, 30 muss man annehmen, dass *τὸ κατὰ πόδας* und der Index ursprünglich

---

[1]) Auch in diesem Falle ist die Uebersetzung häufig als aus dem *κατὰ πόδας* entnommen bezeugt, z. B. Cod. 2, 9, 2. 12, 3. 5. 18, 1 sqq. Ob Cod. 5, 3, 14 das *κατὰ πόδας* auch nicht ächt ist, mag dahin gestellt bleiben: für das *μητρῷα* und besonders für *μάτην* bietet der lateinische Text nichts Entsprechendes: die Schlussworte *πρὸς τὸν γαμβρὸν* sind bereits Theil der folgenden Anmerkung.


Digitized by Google

zwei völlig getrennte Werke waren. Denn es ist doch nicht denkbar, dass Thaleläus besonders hervorgehoben haben sollte, er wolle ausnahmsweise auch im Index das *κατὰ πόδας* mittheilen, wenn dasselbe ohnehin schon nach dem ursprünglichen Plane des Werks gleich auf den Index zu folgen bestimmt war. Man muss also annehmen, dass der Index ursprünglich eine Art Einleitung oder Anleitung zum Verständniss der einzelnen Constitutionen sei es des Originaltextes, sei es des *κατὰ πόδας*, oder, wie er wohl auch genannt wird, eine *ἑρμηνεία* derselben war. Indessen in den Basiliken und deren Scholien erscheint Index und *κατὰ πόδας* zu einem Ganzen verschmolzen, und in dieser Gestalt hat der Commentar des Thaleläus auch dem Verfasser der Abhandlung über die Peculien vorgelegen (Heimbach *Ἀνέκδ.* II p. 247 sqq.). In dieser neuen Gestalt bildet der Index die Einleitung jedenfalls nicht mehr zum nunmehr ausgelassenen lateinischen Originaltexte, sondern zum *κατὰ πόδας*, oder, wo die Constitution eine griechische ist, zu dieser: *ἑλληνικὴ δὲ οὖσα* (sc. *ἡ διάταξις*) *τῆς κατὰ πόδα παραδόσεως οὐ δεῖται κατὰ τὴν ἡμετέραν διάστιξιν,* wie Thaleläus zu Cod. 4, 35, 24 bemerkt. Das *κατὰ πόδας* ist dann noch regelmässig durch Anmerkungen weiter erläutert.

Die Gestalt, welche der Codexcommentar des Thaleläus nunmehr hatte, mag durch ein Beispiel veranschaulicht werden. Es lautet Cod. 2, 7, 1 in Basil. I p. 341 folgender Massen:

Δικασάμενός τις καὶ ἡττηθεὶς προσῆλθε βασιλεῖ διαβάλλων τὸν συνηγορήσαντα αὐτοῦ (αὐτῷ?) ὡς προδεδωκότα τὴν δίκην, καὶ διὰ τοῦτο παρακαλῶν ἀνατραπῆναι τὴν ἐξενεχθεῖσαν κατ' αὐτοῦ ἀπόφασιν· πρὸς τοῦτο (τοῦτον?) τοίνυν ὁ βασιλεὺς ἀντέγραψεν οὕτως·

Εἰ τὸν δικολόγον σου προδεδωκέναι νομίζεις, καὶ πληρώσεις τὴν κατ' αὐτοῦ κατηγορίαν (τουτέστιν ἀποδείξεις ὅτι προδέδωκεν), οὐκ ἐπιλείψει κατ' αὐτοῦ ἀπόφασις κατὰ τὴν ἀξίαν τοῦ ἁμαρτήματος, καὶ οὕτω τὰ τῆς πρωτοτύπου δίκης ἄνωθεν ζητηθήσεται· εἰ δὲ μὴ ἀποδείξεις ὅτι προδέδωκε, καὶ ἐπὶ συκοφαντίᾳ ζημιωθήσῃ (σημειωθήσῃ?) καὶ τοῖς κεκριμένοις καθ' ὧν οὐκ ἐξεκαλέσω ἀνάγκην ἕξεις ἐμμεῖναι.

Digitized by Google

Ξένον ἐστὶ τοῦτο τὸ νόμιμον, ὅτι ὁ διὰ τὴν προδοσίαν τοῦ δικολόγου ἡττηθεὶς καὶ χωρὶς ἐκκλήτου δύναται τὴν δίκην ἄνωθεν ἀγωνίζεσθαι· πρῶτον δὲ ἀνάγκη ἀποδεικνύειν αὐτὸν τὴν τοῦ δικολόγου προδοσίαν, καὶ τότ' ἔξεστιν αὐτῷ περὶ τῆς δίκης ἄνωθεν κινεῖν.

Als weitere Beispiele vergleiche man Cod. 3, 28, 2. 4, 1, 1. 5, 8, 1. 6, 9, 8. 61, 6. 7, 6, 1. 9, 4, 4.

Da mehrere Bücher der Basiliken uns nicht überliefert sind, von anderen wenigstens die alten Scholien fehlen, so lässt sich nicht mit Sicherheit behaupten, dass der Codex des Thaleläus durchweg die geschilderte Gestalt gehabt habe. Dass er sämmtliche Bücher und Titel umfasst hat, ergiebt sich unter Anderem daraus, dass das *κατὰ πόδας* von Cod. 12, 49, 1. 2. 4. 5. 7 in Basil. 6, 35, 1. 2. 4. 5. 7 erhalten ist. Aber die *παραγραφαὶ* insbesondere scheinen bei den letzten Büchern weniger umfangreich gewesen zu sein, als bei den ersten.

Das *κατὰ πόδας* ist nach dem Gesagten der älteste Bestandtheil und zugleich der Kern von dem *κῶδιξ* des Thaleläus. Dem entsprechend soll nun zuvörderst von jenem, und erst nachher vom Index gehandelt werden.

1. Τὸ κατὰ πόδας.

Kann es nach dem oben Gesagten häufig unklar sein, ob wir es bei einer Constitution mit dem ächten *κατὰ πόδας* oder mit einer von Thaleläus im Index beliebten Paraphrase zu thun haben, so lässt sich doch mit Hülfe des Erhaltenen, auch wo dessen Beweiskraft zweifelhaft ist, ein getreues Bild von der Art und Weise und dem Werthe des *κατὰ πόδας* entwerfen, wie nachstehend versucht werden soll.

Vorher ist aber noch auf Folgendes aufmerksam zu machen: Wo das *κατὰ πόδας* einer Constitution in den Text der Basiliken aufgenommen worden ist, haben sich die Redactoren der Basiliken Uebertragungen der dort beibehaltenen lateinischen Kunstausdrücke ins Griechische — oft in sehr ungeschickter Art — erlaubt. So ist Cod. 2, 4, 9 utilis exceptio, welches im *κατὰ πόδας* wohl mit *οὐτιλία παραγραφὴ* übersetzt war, in *χρησιμωτάτη παραγραφὴ* exhellenisirt. Aehnliche *ἐξελληνισμοὺς* bietet Cod. 3, 36, 20 u. dgl. m. Auch

Digitized by Google

haben sich die Redactoren der Basiliken zuweilen Interpolationen anderer Art gestattet: so z. B. Cod. 12, 49, 5, wo für curiae *κατάστασιν* gesetzt ist, nicht etwa als ob der Verfasser des *κατὰ πόδας* statui für curiae gelesen hätte, sondern weil die Redactoren die Anweisung hatten, Alles in den Quellen auf die Curien Bezügliche zu unterdrücken und mithin für curiae etwas Anderes interpoliren mussten.

Der überlieferte Text des *κατὰ πόδας* leidet ausserdem (wenigstens in den Ausgaben) vielfach an Lücken und Corruptelen. Es mag dies an einer Reihe von Beispielen zur Anschauung gebracht werden.

Cod. 1, 2, 12 ist *ἐξενεχθέντας* und *κενοὺς* zu lesen.

Cod. 1, 2, 21 ist *δεσμεῖσθαι* für *δημεύεσθαι, δικαίου σκέλεσι* für *δικαίαις κωλύσεσι* zu verbessern.

Cod. 1, 3, 23 muss es *ἀναριθμήτων σχεδὸν* statt *τὸν ἀριθμὸν σχ.* heissen.

Cod. 1, 4, 7 ist sehr verderbt. Mit der Verbesserung *ἥτις αὐτοῖς οὐ δυνήσεται ἀντιστῆναι* ist nur theilweise geholfen.

Cod. 2, 3, 29 *καὶ ἐν ταύτῃ τῇ αἰτίᾳ* für *καὶ ἐνταῦθα τῇ αἰτ.* Und hinter *κανών ἐστι τοῦ ἀρχαίου* ist einzuschalten *νομίμου.*

Cod. 2, 4, 2 fehlen hinter *διὰ τὸν φόβον* die Worte *τῆς δίκης.*

Cod. 3, 38, 7 lies *τὴν τοῦ ἀγροῦ δεσποτείαν* statt *τὴν τ. ἀ. ὑποθήκην.*

Cod. 4, 5, 1 *τὸ σὸν πρᾶγμα* statt *τὸν σὸν πατέρα.*

Cod. 4, 11, 1 *φανερῷ ἔθει* statt *φιλάνῳ* i. e. *φιλανθρώπῳ ἔθει.*

Cod. 4, 64, 1 *ἀδικίαν* statt *ἀτιμίαν.*

Cod. 4, 65, 13 *ἐνάγεσθε* statt *ἐνάγεται.*

Cod. 5, 12, 2 *φοβεῖσθαι οὐκ ὀφείλει τὴν τοῦ δόλου παραγραφὴν* statt *βοηθεῖσθαι ο. ὀ. τῇ τ. δ. παραγραφῇ.*

Cod. 6, 56, 4. Dass hier *κτήσηται φιλοτιμίαν* statt *τῇ σῃ φιλοτιμίᾳ*, sodann *μοιρικοῦ* statt *μητρικοῦ* gelesen werden muss, springt in die Augen. Ebenso, dass zwischen *οὓς εἶχε* und *καὶ πάσης* eine Lücke ist. Endlich weiter unten gehören die Worte *ἄνευ τῆς ἄλλης οὐσίας τοῦ*

Digitized by Google

παιδός· εἰς ταύτην γὰρ οὐ προτιμῶνται nicht zum Texte des *κατὰ πόδας*, sondern sind ein Einschiebsel aus der Anmerkung des Thaleläus.

Cod. 7, 15, 3 lies *εἴ τι βουληθείη ἐπ' αὐτῆς* statt *ἐξ αὐτῆς*, und *ὀνομαστὶ* statt *ὀνόματι*.

Cod. 7, 16, 4 *εἰς δουλείαν ᾔτεις* statt *εἰς δ. εἴ τις*.

Cod. 7, 16, 6 *εἶναι* statt *τινί*.

Cod. 7, 16, 27 *ᾐτήθη* statt *ἡττήθη*.

Cod. 7, 16, 37 *ἄγνοιαν* statt *ἐναλλαγήν*.

Cod. 7, 16, 41 *ἥτις* statt *εἴ τις*, *ἰδίας φωνῆς* statt *ἰδιαζούσης*.

Cod. 7, 16, 42 *ἐξέρχονται* statt *ἐξερχομένων*, *πάντες* statt *πάλιν*, *ὅλην* statt *οἵαν*, wonach die Anmerkungen von Krüger zu modificiren sind.

Cod. 9, 1, 18 wo augenscheinlich zu lesen ist *εἰ δέ τι προπετῶς ἁμαρτηθῇ τῇ ἁρμοδίᾳ κολάσει τιμωρηθήσεται*. Nach der *παραγραφὴ* hiezu soll aber Thaleläus die falsche Lesart vor Augen gehabt haben.

Cod. 9, 4, 4 „*ἐὰν . . . ἀπρονοήτως δυνηθῇ . . . φονεῦσαι*“ ist offenbar verderbt. Heimbach will *ὀδυνηθεὶς φονεῦσαι* lesen. Aber warum nicht vielmehr *ἀπρονοήτῳ ὀδύνῃ φονεύσῃ*, nach dem Lateinischen inconsulto dolore interemit?

Cod. 9, 9, 4 *μακρὰν* statt *μικράν*.

Cod. 9, 9, 19 *γραμμάτων* statt *πραγμάτων*, *ἀποφάσεως* statt *ἐξετάσεως*.

Cod. 9, 18, 4 *ἡδονὴν* statt *ὀδύνην*.

Cod. 9, 22, 22 muss der Schluss lauten: *παρεχέτω τὴν διάγνωσιν, τῇ ἐσχάτῃ ἀποφάσει τί ἑαυτῷ ἐφανερώθη καταμηνύσων. τὸν δὲ ἔσχατον ὅρον τοῦ τύπου τῆς δίκης τῆς ἐγκληματικῆς συντόμῳ διαστήματι ὁρίζομεν, ὅντινα κτλ.*

Cod. 9, 26, 1 ist *ἀρκεῖ* hinter *χειρισθέντα* zu suppliren, und *ἐπενεχθέντων* statt *ἐπιταχθέντων* zu lesen.

Cod. 9, 47, 23. Statt des absurden *καὶ μηκέτι δεῖσθαι τῆς ἀθλιότητος τῆς ἐξορίας* ist zu lesen: *καὶ μηκέτι δεῖσαι τὰς ἀθλιότητας τῆς ἐξορίας* = nec formidare miserias ullas exilii.

Cod. 12, 49, 5 ist zu emendiren: *ἵνα-πληρωθέντος κατὰ τὸ εἰωθὸς τοῦ ἐξκ. ὀφφ. εἰς τὴν ἰδίαν ἑαυτοῖς κατάστασιν ὑποστρεπτέον εἶναι μὴ ἀγνοήσωσιν.*

Digitized by Google

Wo uns das κατὰ πόδας ächt und unverderbt erhalten ist, ergiebt nun eine nähere Prüfung eine Reihe von Eigenthümlichkeiten, welche über dessen Bedeutung ein massgebendes Urtheil zu begründen geeignet sind.

Znvörderst ist zu bemerken, dass das κατὰ πόδας den ganzen Justinianischen Codex umfasst hat, da uns Bruchstücke aus allen Büchern des Codex (mit Ausnahme des lib. VIII) erhalten sind. Es scheint aber das κατὰ πόδας der Constitutionen, welche in der ersten Ausgabe des Codex enthalten waren, — also der Constitutionen vor VII Id. April Decio v. c. cons. — nicht gleichzeitig mit dem κατὰ πόδας der erst in der zweiten Ausgabe des Codex hinzugefügten neueren Constitutionen verfasst worden zu sein. Wenigstens will es mir vorkommen, als ob die Uebersetzungen der Letzteren in den Worten sowohl als in der Construction nicht so streng κατὰ πόδα, wie die der älteren Constitutionen gehalten sind. So werden z. B. in Cod. 7, 4, 15 die Worte quasi . . . directis verbis fuerint libertatem consecuti mit ὡσανεὶ προστακτικὴν ἐλευθερίαν κτησάμενοι zwar sinngemäss, aber doch nicht ganz wörtlich übersetzt. Dasselbe gilt von Cod. 7, 4, 16, wo similem esse definitionem wiedergegeben wird ὅμοιον εἶναι αὐτὸ θεσπίζομεν, und weitere Beispiele könnten in reicher Zahl angeführt werden. Uebrigens unterscheidet sich das κατὰ πόδας der neueren Constitutionen von dem der älteren auch noch durch die sehr verschiedene Art wie die Einen und die Anderen durch παραγραφαὶ erläutert werden.

Ob im κατὰ πόδας auch die Titelrubriken übersetzt waren, ist zweifelhaft. Die Scholien der Basiliken geben bei den Bruchstücken aus dem κατὰ πόδας vielfach Anmerkungen zu lateinischen Texteswörten, — es sind wohl die ältesten παραγραφαὶ und sie pflegen darum den übrigen voranzustehen —, z. B. bei Cod. II, 6, 5. 12, 10. 11. 18. 22. III, 36, 1. IV, 19, 24. V, 55, 2. 62, 1. 72, 1. VII, 2, 12. IX, 2, 15. 16, 6. 20, 4. 29, 2. 3. 46, 1. 4. Da liegt es nahe, anzunehmen, dass ursprünglich in den Handschriften das ganze κατὰ πόδας neben den lateinischen Text geschrieben war, weil sonst die jenen Anmerkungen vorgesetzten Texteswörte ein referens sine relato gewesen sein würden. Alsdann aber bedurfte es überhaupt nicht einer Wiedergabe der Titelzahlen

Digitized by Google

und Rubriken im *κατὰ πόδας*. Später freilich, sobald der lateinische Text weggelassen wurde, musste wohl der Beginn eines jeden neuen Titels durch Zahl und Rubrik kenntlich gemacht werden, möglicher Weise aber geschah dies unter Beibehaltung der lateinischen Rubrik, wie denn Thaleläus z. B. eine solche zu Cod. 4, 20, 20 *(βι. β' τοῦ κώδικος ὑπὸ τὸν* de receptis *τίτλον)* und zu Cod. 7, 2, 12 (*τί. ἐν τῷ ς' βι. ἐπιγεγραμμένος* si omissa sit causa testamenti) citirt[1]).

Dass in dem *κατὰ πόδας* die Inscriptionen der Constitutionen wiedergegeben waren, scheinen verschiedene Spuren anzudeuten. Man vergleiche Cod. 1, 1, 1. 8. 3, 33, 4 (und das Scholium in der Synopsis p. 698). 10, 3, 7. 16, 13. 19, 9. 12, 49, 4. Dagegen was die Subscriptionen betrifft, so ist von deren Existenz im *κατὰ πόδας* auch nicht einmal eine Spur vorhanden.

Auffallend ist, dass der Verfasser des *κατὰ πόδας* den lateinischen Text mitunter missverstanden oder gar nicht verstanden hat. Zum Beweise führe ich folgende Beispiele an:

Cod. 1, 5, 21 hat er foedus für foeditas genommen: denn er übersetzt *αἶσχος ἐπίμικτον.*

Cod. 1, 13, 1 übersetzt er civitas romana (die römische Civität) mit *ἡ πόλις τῶν ῥωμαίων.* Möglicher Weise liegt hier freilich eine Corruptel vor, so dass *πολιτεία* statt *πόλις* zu lesen ist; vergl. Cod. 7, 13, 2. 15, 2.

Cod. 2, 24, 1 übersetzt er das judicio — convenite mit *ἐν δικαστηρίῳ* (statt *ἀγωγῇ*) — *μεθοδεύσατε.*

Cod. 3, 32, 15. Die Worte cui priori possessio soli tradita est übersetzt er *ᾧτινι πρότερον ἡ νομὴ τοῦ πράγματος ἐτραδιτεύθη*, als ob soli der Genitiv von solum, nicht der Dativ von solus wäre.

Cod. 4, 21, 20 *ἐκ τοῦ τοιούτου χάρτου ἤδη ἀποδειχθεῖσα ἡ σύγκρισις* für ex huiusmodi chartula jam probata comparatio, wo doch probata nicht zu comparatio sondern chartula gehört.

---

[1]) Von Thaleläus rührt wohl auch her unter Anderen die Anmerkung zu Cod. 9, 6, 3 wo der Titel ad SC. Turpilianum, zu 9, 9, 16, wo der Titel de abolitionibus citirt wird.


Digitized by Google

Cod. 7, 8, 7. Die Worte qui ejus facti . . . ab eo jure potuerunt manumitti lauten im *κατὰ πόδας· οἵτινες φάκτῳ ἐκείνου ... ἐκ τούτου τοῦ δικαίου ἠδύναντο ἐλευθερωθῆναι.* Hier kann das *φάκτῳ* wohl auf eine verderbte Lesart dss Textes (facto statt facti) zurückgeführt werden, das ab eo aber gehört nicht zu jure und ist jedenfalls falsch verstanden.

Cod. 7, 14, 5 „de cetero" war nicht mit *περὶ τοῦ λοιποῦ*, sondern eher mit *λοιπὸν* (im Uebrigen, nicht wegen des Uebrigen) zu übersetzen.

Cod. 7, 16, 11 hat das *κατὰ πόδας* für Non mutant servi statum *Οὐκ ἐναλλάσσουσι τὴν τοῦ δούλου κατάστασιν,* als ob servi nicht der Nominativ des Plurals, sondern der Genitiv des Singulars wäre.

Cod. 9, 9, 22 ist formam mit *τύπον* übersetzt. Aber nicht von einer forma d. i. Vorschrift, sondern von körperlicher Gestalt ist die Rede.

Cod. 9, 9, 28 ist intemperantiae nicht für den Dativ, sondern irrig für den Genitiv gehalten, indem die Worte ut ipsa intemperantiae vina praebuerit übersetzt sind *ἵνα αὐτὴ τὰ τῆς ἀκρασίας οἰνάρια παράσχῃ.* Die intemperantia ist mit *ἀκρασία* wiedergegeben, als ob es sich um nicht temperirte d. i. ungemischte Weine handle. In derselben Stelle wird immunes (a judiciaria severitate) mit *ἀλειτούργητοι* übersetzt!

Cod. 9, 33, 1 *ζητηθέντος δικαίου* für explorati juris ist absurd.

Cod. 9, 34, 4 ist participato fraudis consilio mit *κοινοποιηθέντος τοῦ τῆς περιγραφῆς σκεπάσματος* ganz falsch übersetzt.

Cod. 12, 49, 2 werden die provecti (d. i. die Beförderten) übersetzt *βασταχθέντες* (d. i. die Getragenen), statt dass es *προβιβασθέντες* heissen sollte.

Eigenthümlich ist, dass der Verfasser des *κατὰ πόδας* zuweilen geschwankt hat, wie er den lateinischen Text wiedergeben solle: in solchen Fällen hat das *κατὰ πόδας* eine

Digitized by Google

doppelte Uebersetzung. Auch hier führe ich zur Erläuterung eine Reihe von Beispielen an.

Cod. 1, 4, 10 sub oculis episcoporum = *ἐπ' ὄψεσι τῶν ἰδίων ὀφθαλμῶν τῶν ἐπισκόπων*, wo *ὀφθαλμοῖς* wohl ursprünglich über der Zeile bei *ὄψεσι* stand.

Cod. 1, 11, 6 paganis = *τοῖς ἀβαπτίστοις ἢ τοῖς Ἕλλησιν.*

Cod. 1, 11, 7 animo = *διαθέσει καὶ ψυχῇ.*

Cod. 2, 3, 12 fuerat = *ὑπῆν καὶ ἥρμοττε.*

Cod. 2, 4, 8 censetur = *κρίνεται ἤτοι βεβαιοῦται.*

Cod. 2, 4, 13 reformat = *ἀναμορφοῖ καὶ ἀνατρέπει.*

Cod. 2, 4, 32 acceptilatione = *ἀποχῆς καὶ ἀμεριμνίας.*

Cod. 2, 4, 38 promisso = *ὁμολογηθέντος ἤτοι ἐπαγγελθέντος.*

Cod. 2, 6, 6 subdole = *μετὰ δόλου τινὸς καὶ αἰνίγματος.*

Cod. 2, 7, 8 consortio = *συστήματος ἤτοι σωματείου.*

Cod. 2, 12, 3 agit = *πράττει ἢ διοικεῖ.*

Cod. 2, 12, 22 necessaria = *ἀναγκαία χρειώδης.*

Cod. 2, 17, 1 sub obtentu = *προφάσει ἐν προσχήματι.*

Cod. 2, 19, 7 instrumentum = *τὸ συμβόλαιον ἤτοι τὸ δικαίωμα.*

Cod. 2, 44, 2 paternam frugem = *τὸν πατρῷον καρπὸν ἤτοι τὴν οὐσίαν τοῦ πατρός.*

. . . impetraverint = *εἰλήφασιν ἢ δικαιολογοῦνται ἔχειν.*

Cod. 4, 23, 1 hostilis incursionis = *τῆς τῶν πολεμίων ἐπιβολῆς καὶ ἐπιδρομῆς.*

Cod. 5, 12, 30 potiorem causam = *βελτίονα ἢ δυνατωτέραν.*

Cod. 6, 56, 4 religionem = *τὴν θρησκείαν ἤτοι τὴν πίστιν.*

Cod. 9, 9, 18 sollicitavit = *ἠπάτησεν, ὑπενόθευσε.*

Cod. 9, 12, 8 constitutionum divalium = *θείων γραφῶν καὶ διατάξεων.*

Cod. 9, 12, 10 in suis praediis = *ἐν τοῖς οἰκ[εί]οις ἢ ἰδίοις κτήμασι.*

Cod. 9, 18, 7 vulgi consuetudine = *τῇ τοῦ πλήθους προσηγορίᾳ ἐν (ἢ?) τῇ συνηθείᾳ.*

Sehr charakteristisch ist, dass zuweilen kurze erklärende Bemerkungen, mit einem *τουτέστιν* eingeleitet, in das *κατὰ πόδας* eingeschoben sind (z. B. Cod. 2, 1, 8. 4, 10. 23. 12, 15.

Digitized by Google

18, 20. 7, 2, 15), während zahlreiche ausführlichere Bemerkungen, theils zu Wörtern des lateinischen Textes, theils ohne specielle Beziehung auf solche, das *κατὰ πόδας* als *παραγραφαὶ* begleiten.

Der lateinische Text, den der Verfasser des *κατὰ πόδας* vor Augen gehabt hat, scheint mitunter bessere Lesarten aufgewiesen zu haben, als unsere Handschriften des Codex überliefern. Krüger hat danach bereits den handschriftlich beglaubigten Text hie und da emendirt: vielleicht hätte er dies noch öfter thun sollen. Ich gebe anheim, ob nicht die folgenden Lesarten zur Aufnahme in den Text geeignet sein dürften.

Cod. 2, 4, 41 numina nostra *(τὴν ἡμετέραν θειότητα)* statt nomina nostra.

Cod. 2, 12, 9 nunc tamen *(νῦν ὅμως)* statt hunc tamen.

Cod. 4, 32, 5 tueri pupillarem causam *(ἀσφαλίσασθαι τὴν πουπιλλαρίαν δίκην)* statt tueri causam.

Cod. 4, 35, 21 pro negotio *(κατὰ τὸ πρᾶγμα)* statt negotia.

Cod. 4, 44, 16 emtor *(ὁ ἀγοραστὴς)* statt exactor.

Cod. 4, 65, 9 facto *(φάκτῳ)* statt pacto.

Cod. 5, 6, 7 qui statt quia.

Cod. 7, 11, 5 emtor oder aber venditori *(τῷ πράτῃ)* für emtori.

Cod. 7, 12, 2 testatorum *(τῶν τεστατόρων)* statt testamentorum.

Cod. 9, 18, 9 judicum *(τῶν δικαστῶν)* oculis statt judiciorum.

Cod. 9, 29, 3 vel civis *(ἢ καὶ πολίτης)* statt et civis.

Cod. 9, 34, 4 debitam *(τὴν χρεωστουμένην)* statt debitae[1]).

Andererseits aber scheint der lateinische Text des *κατὰ πόδας* mitunter sehr verderbt gewesen zu sein. So hat der Verfasser gelesen in

---

[1]) Ich will bei dieser Gelegenheit darauf aufmerksam machen, dass auch der Index Veranlassung zu Berichtigungen des Textes giebt. So empfiehlt es sich danach in Cod. 2, 18, 4 utili zu lesen statt pupillae: in Cod. 3, 28, 12 superstiti statt superstitibus: in Cod. 5, 18, 7 peculium statt pecuniam: in Cod. 7, 27, 3 pro donato usucapione statt pro usucapione.


Digitized by Google

Cod. 1, 3, 16 curialibus *(βουλευτικαῖς)* für ruralibus.

Cod. 1, 4, 10 professiones *(τὰ ἐπιτηδεύματα)* für professionis.

Cod. 2, 3, 15 contra facere *(ὑπεναντίαν ποιεῖν)* für contrahere.

Cod. 2, 18, 18 per judicem für per judicium.

Cod. 4, 23, 1 ovem *(πρόβατα)* für bovem.

Cod. 4, 31, 10 in verum *(κατὰ τὸ ἀληθές)* für liberum.

Cod. 4, 32, 12 debitum est *(κεχρεώστηται)* für debitum certum est.

Cod. 5, 55, 1 cautelae *(ἀσφαλείας)* für tutelae.

Cod. 7, 16, 15 ad exemplum *(κατὰ μίμησιν)* statt ad examinationem.

Cod. 9, 4, 4 fuerit lapsus *(ὀλισθήσῃ)* statt fuerit elapsus.

Cod. 9, 9, 2 adulterii (dies setzt das *μοιχευθῆναι* voraus) statt adulteram.

Cod. 9, 9, 7 virginem, adulta quae postea esse coepit *(παρθένον τὴν νεαρὰν, ἥτις νεανιεύειν μετὰ ταῦτα ἤρξατο)* statt virginem adultam, quae etc.

Cod. 9, 9, 10 übersetzt das *κατὰ πόδας* als ob der Text laute: De crimine adulterii pacisci non licet, [lic]et par delictum [non] est etc.

Cod. 9, 9, 18 imploras *(ἱκετεύεις)* statt deploras.

Cod. 9, 9, 27 vestigia versati juris *(τὰ ἴχνη τοῦ διεστραμμένου νόμου)* statt praestigiae versuti juris.

Cod. 9, 18, 5 Sileat omnino *(τοῦ λοιποῦ)* statt omnibus.

Cod. 9, 20, 14 si vos servos *(ἐὰν ὑμᾶς δούλους)* für si suos servos.

Cod. 9, 23, 1 defunctus *(τελευτῶν)* statt functus.

Wo sein Text hoffnungslos verderbt war, hat sich der Uebersetzer darauf beschränkt, denselben wie er ihn vorgefunden und ohne Versuch einer Verbesserung getreulich Wort für Wort wiederzugeben. Denn anders vermag ich z. B. nicht zu erklären das *ἐνάγεσθαι* in Cod. 9, 33, 4, das *διὰ παρενθέτου προσώπου τὸ λαθραῖον κέρδος ἑαυτῷ ἀπεπείρασε* in Cod. 9, 34, 4, das *μηχανῶνται* in Cod. 9, 41, 15 und dergleichen mehr.

Digitized by Google

Noch weit bedeutsamer und auf den ersten Blick ganz räthselhaft ist es, dass das *κατὰ πόδας* nicht selten einen Text übersetzt[1]), der ohne verderbt zu sein doch entschieden von dem des Justinianischen Codex abweicht. Und zwar geschieht dies in einer Weise, die über den Begriff gewöhnlicher Varianten weit hinausgeht. Eine Reihe von Beispielen wird auch hier dazu dienen, diese Eigenthümlichkeit und deren Charakter anschaulich zu machen.

Cod. 1, 2, 6 hat das *κατὰ πόδας* die Worte *καὶ θείῳ νόμῳ*, welchen nichts im lateinischen Texte entspricht.

Cod. 1, 5, 8 *ὁ μὲν οἶκος ἤτοι τὸ χωρίον ἐν ᾧ συνῆλθον τῷ φίσκῳ ἀνυπερθέτως προσκυρωθήσεται, αὐτὸ δὲ τὸ μοναστήριον ὃ κατεσκεύασαν τῇ ἁγιωτάτῃ ἐκκλησίᾳ τῆς αὐτῆς ἐνορίας προστεθήσεται.* So das *κατὰ πόδας* in Uebereinstimmung mit der Originalconstitution, die Handschriften des Justinianischen Codex aber sagen domum vel possessionem in qua convenerint vel monasterium ejus civitatis orthodoxae ecclesiae in cujus territorio est jubemus addici. Schon die Justinianische Interpolation orthodoxae eccl. hätte Krüger davon abhalten sollen, den Text gegen die Handschriften nach Massgabe des *κατὰ πόδας* und der Originalconstitution zu emendiren.

Cod. 2, 3, 11. Die Worte et tributa ipsa agnosceret, welche in dem *κατὰ πόδας* übersetzt sind, hat der Codex in unseren Handschriften hier nicht, während er umgekehrt in der lex geminata (4, 47, 1) die Worte et creditoribus usuras solveret weglässt. Krüger folgt hier dem *κατὰ πόδας* gegen die Handschriften, obwohl ihn schon der Schluss des schol. 6 *Καὶ μὴν* und des schol. 7 *Ζήτει* zu Bas. 11, 1, 72 bedenklich hätte machen sollen.

Cod. 2, 3, 26. Die Handschriften des Codex lesen: quod et in honorario succedentibus jure locum habebit. Das

---

[1]) oder den Text des Justinianischen Codex nicht übersetzt. Denn es ist sicherlich nicht ohne Bedeutung, dass das *κατὰ πόδας* den § 1 von Cod. 9, 9, 23 und den § 1 von Cod. 9, 9, 29 nicht kennt: die eine und die andere Stelle scheint ursprünglich nicht ein Theil der betreffenden Constitution gewesen, sondern erst von den Redactoren des Justinianischen Codex hinzugefügt worden zu sein.


Digitized by Google

κατὰ πόδας setzt hinzu *τῇ τῆς πλάσεως βοηθείᾳ*, hat also noch weiter gelesen: fictionis ope.

Cod. 2, 4, 36. Das *κατὰ πόδας* hat Si cum liberis *(μετὰ ἐλευθέρων)* gelesen, worin ihm Krüger folgt, obwohl diese Worte in den Handschriften des Codex fehlen.

Cod. 2, 4, 40 geben die Handschriften Aquilianae stipulationis et acceptilationis. Die beiden letzten Worte sind im *κατὰ πόδας* nicht übersetzt und fehlen ebenso im Theodosischen Codex. In letzterem steht auch gestis, wo der Justinianische Codex subsecutis hat, und das *κατὰ πόδας* hat übereinstimmend mit jener Lesart *τοῖς συμπεφωνημένοις*.

Cod. 2, 7, 8 lesen die Handschriften advocatorum consortio abscedere, das *κατὰ πόδας* aber schiebt ein *γινομένους αὐτοὺς συγκλητικούς*.

Cod. 2, 11, 3. Hier schiebt das *κατὰ πόδας* vor *χαλεπωτέραν ἀπόφασιν* ein: *διὰ τὴν ἁρπαγὴν τῆς παρθένου*. Indessen liegt hier vielleicht ein Glossem vor.

Cod. 2, 12, 19 „Si . . . . praeses causa cognita perspexerit hoc tibi restitui jubebit". Das *κατὰ πόδας* übersetzt: *ὁ ἄρχων τῆς ἐπαρχίας διαγνοὺς τὴν αἰτίαν αὐτὸ τοῦτό σοι ἀποκαταστῆναι κατὰ τὸν τύπον τοῦ διηνεκοῦς ἐδίκτου κελεύσει*. Es hat daher nicht nur die durchschossenen Worte mehr, sondern lässt auch, da es perspexerit nicht wiedergiebt, das Vorhergehende von declaretur abhängig sein. (In dieser und den beiden vorstehenden Stellen hat Krüger zwar den handschriftlich beglaubigten Text nicht geändert, empfiehlt aber in den Anmerkungen die Lesarten des *κατὰ πόδας*).

Cod. 2, 12, 26. Hier hat das *κατὰ πόδας* „*ἡ σφοδροτέρα τῆς καθέδρας τῆς ὑμετέρας αὐθεντία*", wo unsere Handschriften geben: vehementior maximi judicis auctoritas.

Cod. 3, 24, 1 folgt das *κατὰ πόδας* dem Text des Theodosischen Codex, indem es — was Krüger gegen die Autorität der Handschriften adoptirt hat — statim subjugetur mit *παραχρῆμα ὑποβαλλέσθω* übersetzt hat.

Cod. 3, 36, 25. Hier hat das *κατὰ πόδας* statt tibi *αὐτεξουσίῳ ὄντι*, und setzt am Schlusse hinzu: *ἐὰν γὰρ*

Digitized by Google

ταῦτα ὁ σὸς πάππος εἰς σὲ ἐν τῇ αὐτοῦ ὑπεξουσιότητι ὄντα εἰσήγαγεν, ἀβστινατεύων σαυτὸν ἀπὸ τῶν ἐκείνου πραγμάτων τὸν χωρισμὸν αὐτῶν μάτην αἰτεῖς. Dass dieser Zusatz ein integrirender Bestandtheil des *κατὰ πόδας* ist, bezeugt sowohl der den Text der Basiliken bildende Index der Stelle als auch das Scholium *Ἐπειδὴ κτλ.* Das Scholium *Ὁ παραιτούμενος* giebt erst die Summe des Theodorus und von *τοῦτο δὲ νόει* an die Bemerkung eines neueren Scholiasten; dass dieser zu sagen scheint, der Text *(τὸ ῥητόν)* enthalte nichts von einer Unterscheidung zwischen dem Falle eines *ὑπεξουσίου* und dem eines *αὐτεξουσίου*, bezieht sich wohl nicht auf den lateinischen Originaltext, sondern auf den Text des Theodorus.

Cod. 4, 10, 6. In dem *κατὰ πόδας* — in welchem übrigens zwischen den Worten *ὑποκείμενα* und *προγενεστέρων* eine grosse Lücke ist — finden sich die Worte *καὶ περίεστι δύνασαι ἐκ προσώπου αὐτοῦ.* Diese Worte fehlen in dem überlieferten lateinischen Text: in älteren Texten aber scheint etwas dem Entsprechendes gestanden zu haben, wie sich aus der in dem Scholium referirten Erklärung des Patricius ergiebt.

Cod. 4, 19, 24. Das *κατὰ πόδας* übersetzt hier einen Text, wie ihn der Theodosische Codex liefert: deinceps *(μετὰ ταῦτα)* . . . . nefarias *(ἀθεμίτους).* Die Handschriften des Justinianischen Codex haben dagegen das deinceps nicht und setzen suspectas für nefarias. Warum Krüger das deinceps gegen die Autorität der Handschriften in seinen Text aufnehmen zu müssen geglaubt hat, ist nicht abzusehen.

Cod. 4, 20, 4. Das *κατὰ πόδας* hat für Solam testationem *Μόνην ἑνὸς ἀνθρώπου μαρτυρίαν*, was doch wohl einen abweichenden Text voraussetzt und nicht blosse Interpretation ist.

Cod. 4, 28, 1. Hier hat das *κατα πόδας* Primus vor Augen, wo die Handschriften filius geben.

Cod. 4, 30, 2. Das *κατὰ πόδας* weicht wesentlich ab von dem Texte des Codex. Doch ist es möglich dass hier

Digitized by Google

eine Corruption vorliegt bez. als *τὸ κατὰ πόδας* bezeichnet ist, was einen anderen Ursprung hat.

Cod. 4, 44, 15. Zu den Anfangsworten dieser Constitution Quisquis major aetate, wie sie in den Handschriften des Justinianischen Codex lauten, setzt das *κατὰ πόδας* hinzu, *καὶ ἐπιτηδείως διοικῆσαι τὴν ἰδίαν φαμιλίαν δοκιμασθείς.* Aehnlich der Theodosische Codex: atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus.

Cod. 5, 4, 13 hat das *κατὰ πόδας* amissa für das handschriftliche omissa, Cod. 5, 6, 7 qui für quia vor Augen.

Cod. 6, 55, 10. Statt des in den Handschriften sich findenden capitis deminutio paterna setzt das *κατὰ πόδας,* im Anschluss an die Lesart des Theodosischen Codex, *ἡ καπίτις δεμινουτίων τῆς μητρός.*

Cod. 6, 56, 5. Hier lesen die Handschriften des Justinianischen Codex omnia filii seu filiae morte delata vel derelicta pleno jure conquirat. Das *κατὰ πόδας* aber folgt der Lesart des Theodosischen Codex omnia filii morte delata pleno jure conquirat, indem es übersetzt *πάντα τὰ ἐκ τοῦ θανάτου τοῦ υἱοῦ κατενεχθέντα τελείῳ νομίμῳ κεκτήσθω.*

Cod. 7, 16, 38. Hier hat das *κατὰ πόδας πιστευομένου (πολιτευόμενος?)* und muss daher einen anderen Text (vielleicht curialis moveri) vor Augen gehabt haben, als die Handschriften bieten.

Cod. 7, 16, 41. Der lateinische Text, welcher in dem *κατὰ πόδας* übersetzt ist, hatte curialem *(βουλευτήν),* wofür im Justinianischen Codex principalem gesetzt ist. Thaleläus macht in einer Anmerkung, in welcher wohl *ἀλλαχοῦ* statt *πολλαχοῦ* zu lesen ist, darauf aufmerksam.

Cod. 7, 65, 5. Auch hier folgt das *κατὰ πόδας (οὕτω μέντοι ὥστε καὶ τὸν ἐκκαλεσάμενον τὸ ταῖς ἡμετέραις διατάξεσιν ὡρισμένον πρόστιμον ὑποσχεῖν)* dem Theodosischen Codex, welcher gleich zu Anfang einschaltet: ita ut appellantem etiam nostris sanctionibus statuta multa compescat, was im Justinianischen Texte fehlt.

Digitized by Google

Cod. 9, 16, 1. Hier folgt das *κατὰ πόδας* einem Texte, der mit dem handschriftlich überlieferten des Codex nicht stimmt. Indem es statt des blossen hominem den Namen Iustum setzt, nähert es sich dem in der Collatio 1, 8 erhaltenen Texte. Aber hinwiederum weicht es von diesem Text ab, indem es hinter praesidi provinciae hinzusetzt viro clarissimo, und am Schlusse dieselben Zusätze hinzufügt — wenn auch mit der Variante voluntas occidendi statt nocendi —, wie der Justinianische Text.

Cod. 9, 18, 5. *μηδεὶς θύτην μηδεὶς βωμοσκόπον, ἢ γὰρ ἄνομος κτλ.* Das *κατὰ πόδας* erinnert an die Lesart einer Handschrift des Theodosischen Codex aut augurem aut vatem, prava etc.

Cod. 9, 19, 5. Statt des handschriftlich beglaubigten terram evertere hat das *κατὰ πόδας*, indem es *γῆν παρενοχλεῖσθαι* übersetzt, terram sollicitare gelesen, ebenso bustorum *(τῶν τάφων)* statt defunctorum, beides so wie auch im Theodosischen Codex steht.

Cod. 9, 29, 1. Statt des handschriftlichen committunt hat das *κατὰ πόδας* die Lesart des Theodosischen Codex confundunt *(συγχέουσιν)* vor Augen.

Cod. 9, 41, 9. Das *κατὰ πόδας* übersetzt die Worte „ne .. propria ac debita . . . successio denegetur" mit *ἵνα μὴ . . . πάλιν εὐγενῶν ὄντων ἢ ἤδη κεχρεωστημένη* (so ist doch wohl zu lesen) . . . *κληρονομία ἀρνηθείη*, scheint also in den unterstrichenen Worten einen anderen Text vor Augen zu haben als den des Codex.

Cod. 9, 47, 23. Der Theodosische Codex liest nec ullas exilii postmodum miserias formidare, und ähnlich das *κατὰ πόδας „μηκέτι δεῖσαι τὰς ἀθλιότητας τῆς ἐξορίας"*, während im Codex das postmodum fehlt.

Wenn in dem Vorstehenden zahlreiche Stellen angegeben worden sind, wo das *κατὰ πόδας* den Lesarten des Theodosischen Codex im Gegensatze zu denen des Justinianischen folgt, so darf nicht unbemerkt bleiben, dass es hinwiederum

Digitized by Google

nicht an Stellen fehlt, wo das *κατὰ πόδας* vielmehr den Text des Letzteren und nicht den des Theodosischen Codex übersetzt. So fehlen die Worte des Cod. Theod. 16, 1, 2 „nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere" wie im Cod. 1, 1, 1 so im *κατὰ πόδας*. Ebenso hat weder Cod. 1, 1, 2 noch das *κατὰ πόδας* den im Cod. Theod. 16, 5, 6 § 1 vorkommenden Zusatz Photinianae — auditu. Das *κατὰ πόδας* von Cod. 7, 18, 3 folgt den Lesarten des Justinianischen Codex, nicht denen des Theodosischen (Cod. Theod. 4, 8, 6): ähnlich das *κατὰ πόδας* von Cod. 9, 2, 15. 4, 5 und 12, 49, 5 (wo *τοῖς δικασταῖς* statt *ταῖς δικαστικαῖς* zu lesen ist). Endlich das *κατὰ πόδας* von Cod. 2, 12, 17. 6, 56, 5. 60, 2 folgt ebenso ganz dem Justinianischen Codex.

Da das *κατὰ πόδας* nicht nur in diesen und ähnlichen Stellen dem Texte der repetita praelectio des Codex folgt, sondern, wie oben bemerkt, überhaupt auch sämmtliche Constitutionen dieser zweiten Ausgabe des Codex, mithin auch die aus den Jahren 529—534, umfasst hat, so ist klar, dass es seine Vollendung erst nach 534 erhalten haben kann. Indessen führen die nicht unbedeutenden Abweichungen von dem Texte der secunda editio des Codex mit Nothwendigkeit zu der Annahme, dass das *κατὰ πόδας* ursprünglich die erste Ausgabe des Codex zur Grundlage gehabt hat, — und zwar wahrscheinlich unter Zuhülfenahme vorhandener Uebersetzungen der älteren Constitutionencodices und Posttheodosischen Novellen —, und dass dieses ursprüngliche *κατὰ πόδας* erst nach 534 unter nur theilweiser Revision ergänzt worden ist.

So nehme ich denn z. B. an, dass Cod. 2, 4, 36 von der alten Constitution, welche einen mit si vero cum servis beginnenden Nachsatz hatte (wie dem Verfasser einer Anmerkung zum *κατὰ πόδας* wohl bekannt war), nur der vorangehende Theil Si cum liberis major etc. in die erste Auflage des Codex aufgenommen und so im *κατὰ πόδας* übersetzt war; in der zweiten Auflage sind dann die Worte cum liberis als nunmehr sinnlos und verwirrend weggelassen. Diese Abänderung einzutragen ist jedoch bei der Revision des *κατὰ πόδας* vergessen worden. — Noch lehrreicher ist Cod. 2, 3, 11. Hier übersetzt das *κατὰ πόδας* den in der ersten Auflage des Codex enthaltenen Text. Eine Frau hatte sich, als sie für ihre

Digitized by Google

Tochter ein verpfändetes Grundstück zur Dos bestellte, dem Vater des Bräutigams bez. Ehemanns gegenüber verpflichtet, für das Grundstück die Steuern fortzuentrichten und die Hypothekenzinsen zu zahlen. Frage: hat der Ehemann eine Klage aus dieser Uebereinkunft gegen die Schwiegermutter? Antwort: Nein, weil nämlich obligatio tertio non contrahitur. Ist freilich dem Ehemanne das Grundstück als dos aestimata vendendi causa übergeben, wo nämlich der Werth wegen der beabsichtigten Steuer- und Pfandfreiheit höher geschätzt worden war, so steht demselben ex vendito eine Klage darauf zu, dass die Schwiegermutter die übernommene Verpflichtung erfülle oder doch Schadloshaltung gewähre. Hiezu bemerkt nun eine ältere Anmerkung zum *κατὰ πόδας*, dass die Uebereinkunft, Steuern für ein abgetretenes Grundstück fortzuzahlen, neuerdings in Folge der neueren Verordnungen *(νεαραὶ διατάξεις)*, nämlich „der ersten und zweiten" Constitution in der ersten Ausgabe von Cod. 4, 47 von vornherein ungültig sei, weshalb von einer Klage auf Erfüllung dieser Uebereinkunft nicht die Rede sein könne. Eben dies scheint nun die Veranlassung gegeben zu haben, dass die Worte ut et tributa ipsa agnosceret in Cod. 2, 3, 11 in der repetita praelectio gestrichen worden sind, dagegen aber dieselbe Constitution mit jenen Worten (aber ohne die an ersterer Stelle verbliebenen Worte et creditoribus — usuras solveret) und mit der Abänderung, dass es am Schlusse heisst actio non competit als c. 1 in Cod. 4, 47 vorangestellt worden ist, so dass c. 1 und 2 dieses Titels in der ersten Auflage nunmehr die zweite und dritte Constitution bilden. — Aus beiden Beispielen ersieht man, wie vorsichtig man bei Benutzung des *κατὰ πόδας* für die Kritik des Codex repetitae praelectionis sein muss. Krüger hätte zumal bei Cod. 2, 3, 11 umsoweniger den durch die Handschriften beglaubigten Text verlassen sollen, als derselbe nicht blos durch die Summa Perusina sondern auch durch Enantiophanes (Bas. III p. 475 schol. 4), die Epitome 11, 4 und Tipucitus (Bas. II p. 328) seine Bestätigung erhält.

Wenn übrigens wiederholt der Anmerkungen zum *κατὰ πόδας* gedacht worden ist, so ist zuvörderst zu unterscheiden zwischen den *ὑπομνήματα*, d. h. weitläufigeren Erörterungen zu einzelnen Constitutionen, welche an das *κατὰ πόδας* der-

Digitized by Google

selben angereiht waren[1]), und den *παραγραφαὶ* d. i. den am Rande beigeschriebenen Anmerkungen. Die Einen wie die Anderen sind theils älteren, theils neueren Ursprungs. Die älteren *παραγραφαὶ* tragen an der Stirne die commentirten Worte des lateinischen Textes, oder aber des *κατὰ πόδας*. Daher sagt der Tractat de peculiis (Heimbach *Ἀνέκδ.* II p. 257) von Thaleläus *αὐτὰ τὰ ῥωμαϊκὰ προστιθεὶς ἑρμηνεύει*, und in den Anmerkungen zu Cod. 4, 21, 17. 5, 13, 1. 15, 2. 23, 1 heisst es, dass Thaleläus *τὸ ῥητὸν* d. i. den Urtext (vergl. Cod. 6, 61, 1) *ἐξηγούμενος* oder *πρὸς τὸ ῥητὸν* oder *παραγράφων εἰς τὸ ῥητὸν* eine Bemerkung gemacht habe. Die Worte des *κατὰ πόδας* aber, welche erläutert werden, sind in den Scholien der Basiliken sehr gewöhnlich hervorgehoben mit der Bemerkung *πρόσκειται εἰς τὸ κατὰ πόδας*, worauf fortgefahren wird *καί φησιν ὁ Θαλέλαιος*. Von der ersten Art geben Beispiele Cod. 2, 6, 5. 12, 10. 11. 18. 3, 36, 1. 4, 19, 24. 20, 9. 5, 12, 26. 55, 2. 62, 1. 72, 1. 7, 2, 12. 9, 2, 15. 16, 6. 20, 4. 29, 2. 3. (Die lateinischen Worte haben dann wohl Spätere ins Griechische übersetzt: z. B. Cod. 9, 46, 1 *ἐστὶν* iudicatur *κρίνεται*.) Von der zweiten Art liefern Beispiele Cod. 5, 51, 1. 3. Wie des Thaleläus Kenntniss oder Verständniss des Lateinischen in dem *κατὰ πόδας* zuweilen zweifelhaft wird, so hält sie in den *παραγραφαὶ* einer gründlichen Prüfung nicht Stand: man vergl. z. B. die Anmerkungen zu Cod. 7, 16, 5. 9. 11. Indessen es ist nicht die Aufgabe der gegenwärtigen Abhandlung, auf den Inhalt der Anmerkungen näher einzugehen. Hier ist nur hervorzuheben der Unterschied zwischen älteren und jüngeren *παραγραφαί*. Die Letzteren sind unter Anderem daran kenntlich, dass in ihnen nicht nur die Institutionen und Digesten (z. B. 5, 1, 2. 4, 7. 6, 1. 12, 23), sondern auch Constitutionen citirt werden, die zwischen 529—534 erlassen sind (z. B. Cod. 5, 12, 5. 23, 1). Die Ersteren aber scheinen zur ersten Auflage des Codex zu gehören. Es ist dies vorhin für die Anmerkung *Σήμερον* zu Cod. 2, 3, 11 nachgewiesen: für andere *παραγραφαὶ* in meinem Aufsatze über die Meinungsverschieden-

[1]) Den Begriff der *ὑπομνήματα*, des *ὑπομνηματίζειν*, des *ὑποβάλλειν* erläutern die Anmerkungen zu Cod. 2, 3, 8. 23. 4, 8. 40. 7, 4.


Digitized by Google

beiten unter den Justinianischen Juristen in der Zeitschr. d. Savigny-Stift. X S. 35. 40. 45. Die *παραγραφὴ* „*Σημ. ὅτι καὶ οἱ ἐπίτροποι*“ zu Cod. 2, 12, 11 sagt, diese Constitution sei als c. 1 Cod. 5, 61 *αὐτολεξεὶ* geminirt. Unsere Handschriften der repetita praelectio haben sie aber an dieser Stelle nicht, und nach Tipucitus war sie ebensowenig in den Basiliken geminirt: sie ist also in der zweiten Ausgabe des Codex in Buch 5 Tit. 61 gestrichen worden. Endlich ist, wie es scheint, für die älteren *παραγραφαὶ* charakteristisch, dass sie mit einem gewissen Nachdruck von *οὗτος ὁ κῶδιξ* im Gegensatze zu den älteren Constitutionencodices sprechen (Cod. 2, 4, 5. 9. 13. 7, 23. 12, 12. 15. 27): es würde dieser Ausdruck nicht gut gepasst haben, wenn dem Verfasser die secunda editio des Justinianischen Codex vorgelegen hätte, weil sonst der Ausdruck auf die prima editio hätte bezogen werden müssen. Wir erhalten hienach auch durch die *παραγραφαὶ* eine Bekräftigung der Hypothese, nach welcher das *κατὰ πόδας* ursprünglich — vielleicht unter Benutzung vorhandener Uebersetzungen der drei älteren Constitutionencodices — nach dem Texte der ersten Auflage des Justinianischen Codex vom J. 529 verfasst, später aber nach Erscheinen der repetita praelectio im J. 534 revidirt, ergänzt und mit neuen Anmerkungen versehen worden ist.

Im Zusammenhange mit dieser Hypothese habe ich schon oben bemerkt, dass, während das *κατὰ πόδας* der älteren Constitutionen so sehr eine wörtliche Wiedergabe enthält, dass selbst fehlerhafte Lesarten ebenso fehlerhaft übersetzt sind, die Uebersetzung der neueren seit 529 erlassenen Constitutionen zwar stets eine sinngemässe, aber nicht immer eine streng wörtliche zu nennen ist. Es dürfte diese Verschiedenheit der Arbeit auf eine Abfassung zu verschiedenen Zeiten und daraus resultirende Verschiedenheit der Behandlung nicht undeutlich hinweisen, und somit die aufgestellte Hypothese bekräftigen.

2. Ὁ ἴνδιξ.

Wegen der Mannichfaltigkeit der Indices zu den einzelnen Constitutionen lässt sich nur schwer eine allgemeine Charakteristik derselben geben. Zuweilen beschränkt sich Thaleläus

Digitized by Google

auf die Bemerkung: *Σαφεστάτη ἡ διάταξις καὶ οὐδεμιᾶς ἑρμηνείας δεομένη* (Cod. 2, 4, 16), oder *Σαφὴς ὁ κανὼν τῆς διατάξεως ὅτι ὁ ἀκονίλιος ἐξ ἀρνήσεως διπλασιάζεται* (Cod. 3, 35, 4), oder *Φανερὸν τὸ νόμιμον ὅλον* (Cod. 4, 25, 2). Meist aber ist der Index mehr oder minder weitläufig. Bei Rescripten bestrebt sich Thaleläus, den Fall (den casus oder *θεματισμὸς τῆς διατάξεως*) zu construiren, auf welchen sich die Entscheidung des Rescripts bezieht. Zuweilen scheint der *θεματισμὸς* auf einer Art Tradition zu beruhen z. B. Cod. 2, 54, 2. 6, 2, 17, zuweilen aber ist er von Thaleläus, zum Theil im Gegensatze zu älteren Rechtslehrern fingirt, z. B. Cod. 2, 3, 5. 4, 2. 53, 2. 3, 38, 2 [1]). Auf den *θεματισμὸς* folgt sodann die Bescheidung, bald in wörtlicher Wiedergabe des Rescripts, bald in einer abgekürzten Form. Bei anderen Constitutionen hebt der Index, wo es erforderlich schien, den zu Grunde liegenden oder vorangestellten Rechtssatz besonders hervor. In diesem Sinne spricht Thaleläus von einem *προκανὼν τῆς διατάξεως,* Cod. 2, 4, 8 (wo statt *ὁ πρῶτος κατὰ τὴν διάτ.* zu lesen ist *ὁ προκανὼν τῆς διατ.*). 2, 4, 40. 5, 4, 26 (wo die Florentiner Handschrift mit Recht *προκανὼν* statt *κεφάλαιον* liest); in der Einleitung zu Cod. 9, 9, 18 spricht er von dem *προκανονίζειν* der Constitution [2]). Nach dem vorausgeschickten *θεματισμὸς* oder *προκανὼν* fährt dann Thaleläus zuweilen fort: *ἔλθωμεν οὖν ἐπὶ τὸ προκείμενον* (Cod. 2, 40, 4. 50, 1). Im Wesentlichen aber besteht der Index in einer kurzen Uebersicht des Inhalts der Constitution. Dass einzelne Sätze einer Constitution mit einem *φησὶ* wenn auch nicht wörtlich hervorgehoben werden (z. B. Cod. 1, 5, 4—6. 8. 2, 4, 13. 17. 20. 41. 6, 7. 7, 22, 26 passim), dass ferner aus dem referiren-

---

[1]) Nicht recht verständlich ist, was Thaleläus zu Cod. 5, 3, 5 über den *θεματισμὸς* hat.

[2]) Neuere Scholiasten gebrauchen den Ausdruck *προκανὼν* in einem anderen Sinne: wie sie *τὸ πλάτος* nennen die Zusammenfassung von Index, *κατὰ πόδας* und *παραγραφαί,* z. B. Basil. 23, 1, 48 schol. ult. 23, 3, 67 schol. q. 28, 7, 17 schol. 6. 40, 1, 18. 42, 1, 60 schol. 1. 60, 6, 25 schol. 4. 60, 37, 73 schol. 60, 39, 25. 30 (wo *τὸ πλάτος* statt *τὸ κατὰ πόδας* zu lesen ist). 60, 50, 24 schol. 2. 60, 58, 1 schol. 2 — so bezeichnen sie mit *προκανὼν* den das *κατὰ πόδας* einleitenden oder demselben voranstehenden Index.

Digitized by Google

den Style in den befehlenden übergegangen wird (z. B. Cod. 1, 11, 3. 2, 3, 26. 5, 17, 12), kann nicht als eine Eigenthümlichkeit in dem Index des Thaleläus betrachtet werden; denn ganz dasselbe findet sich auch, wie weiter unten bemerkt werden wird, im Index des Isidorus. Es ist deshalb bei einzelnen Stellen, wenn deren Autor nicht genannt ist, gar häufig schwer zu unterscheiden, ob sie aus dem einen oder dem anderen Index stammen. Im Allgemeinen aber wird auf Thaleläus zu rathen sein, wenn eine Verwandtschaft mit dem **κατὰ πόδας** bemerkbar ist, oder wenn bei Rescripten der **θεματισμὸς** ausführlich behandelt ist, oder endlich wenn **παραγραφαὶ** zur Erläuterung der Verordnung beigefügt sind.

Fragen wir nun nach der Zeit, wann der Index von Thaleläus geschrieben worden ist, so sind für die Beantwortung dieser Frage verschiedene Thatsachen massgebend, welche zum Theil einander zu widersprechen scheinen, so dass es auch hier der Conjectur bedarf, um dieselben einiger Massen mit einander in Einklang zu bringen. Es sind folgende:

1. Der Index nimmt überall Rücksicht auf das **κατὰ πόδας**, und hat, wie man sagen kann, dasselbe zur Grundlage. Die Beweise sind schon vorhin beigebracht. Ich führe noch an Cod. 4, 1, 7, wo der Index ebenso wie das **κατὰ πόδας** statt dominae rei **τοῦ δεσπότου τοῦ πράγματος** hat, welche Lesart auch durch die **παραγραφὴ** bestätigt wird.

2. Er hat Texte vor Augen, welche von dem Texte der repetita praelectio des Codex abweichen und mit den im **κατὰ πόδας** übersetzten übereinstimmen, wo Letzteres erhalten ist und eine Vergleichung möglich macht: im Uebrigen folgt er mitunter Texten der älteren Constitutionencodices. Beispiele:

Cod. 1, 3, 32 hat der Index einen Satz vom heterodoxen Executor, der in unseren Handschriften fehlt.

Cod. 1, 5, 3 „ad litaniam faciendam". Der Index setzt **ποιεῖν λιτὴν ἔσω πόλεως**, wie der Theodosische Codex intra civitatem hinzufügt.

Cod. 1, 5, 4. Der Index reproducirt hier zwei Sätze, welche im Theodosischen Codex stehen, in der repetita praelectio des Codex aber — wenigstens in unseren Hand-

Digitized by Google

schriften — fehlen. Krüger hat sie gegen die Autorität der Handschriften suppliren zu müssen geglaubt.

Cod. 1, 5, 8. Auch hier folgt der Index einer Lesart des Theodosischen Codex, von welcher unsere Handschriften der repetita praelectio nichts wissen. Krüger verlässt hier ebenfalls die handschriftliche Ueberlieferung.

Cod. 1, 9, 18. Der Index fügt nach dem Texte der Theodosischen Novelle den Juden die Samariter hinzu. In der repetita praelectio des Codex fehlt dieser Zusatz, und hier hat Krüger Bedenken getragen, denselben zu suppliren.

Cod. 2, 3, 11. Der Index folgt dem Texte der ersten Auflage des Codex, welcher im *κατὰ πόδας* übersetzt ist. Ueber diesen älteren Text ist schon oben gehandelt worden.

Cod. 2, 4, 36. Der Index, der den Text der Basiliken bildet, lässt in gleicher Weise, wie das *κατὰ πόδας,* den Anfang der Constitution Si cum liberis lauten (siehe oben), was Krüger gegen die Handschriften befolgt.

Cod. 2, 7, 8. Das *κατὰ πόδας* hat hier nach einem älteren Texte den Zusatz *γινομένους αὐτοὺς συγκλητικούς.* Denselben Zusatz wiederholen der Index und eine Anmerkung des Thaleläus.

Cod. 2, 12, 19. Hier gilt ganz dasselbe von dem Zusatz *κατὰ τὸν τύπον τοῦ διηνεκοῦς ἐδίκτου.*

Cod. 2, 49, 1. Der Index beginnt mit den Worten *Ὅταν τὶς ἐκκαλέσηται,* als ob dieses Rescript Gordians mit dem anderen desselben Kaisers in Cod. 7, 62, 3 zusammenhinge.

Cod. 3, 14, 1. Der Index folgt der Lesart des Theodosischen Codex, indem er das diutino vor morbo auslässt, welches in der repetita praelectio des Codex steht.

In den folgenden Büchern des Codex scheint der Index überall die Lesarten der repetita praelectio vor Augen zu haben.

3. Gradezu eine Zeitbestimmung giebt der Index von 2, 7, 16. Von dieser Verordnung des Jahres 474 sagt der Index *ἀνίεσθαι ἐκ τῶν χρόνων τῆς διατάξεως ὑπὲρ τοὺς πεντήκοντα καὶ πλέον ἐνιαυτούς.* Es würde eine kaum er-

Digitized by Google

trägliche Tautologie sein, wenn mit der Redensart: „über 50 und mehr Jahre“ zweimal dasselbe, nämlich 50 und einige Jahre, hätte gesagt werden sollen. Man wird also, falls hier nicht etwa eine eigenthümliche syrische Redensart vorliegt[1]), die Worte vielmehr so verstehen müssen, als ob das *πλέον* einen Gegensatz zu *ὑπὲρ πεντήκοντα* bilde, d. h. andeute, dass auch über 60 Jahre seitdem verflossen sein könnten. Je nachdem man die Stelle versteht, hat der Verfasser etwa im Jahre 529 oder aber 535 f. geschrieben.

4. Thaleläus citirt im Index (ebenso wie in den jüngeren *παραγραφαὶ*) wiederholt die Institutionen und die Digesten, und zwar mit Beziehung auf vorangegangene Vorlesungen über dieselben, d. h. mit *ἔγνως* oder *ἔγνωμεν, ἔμαθες, εἴρηταί σοι*, und ähnlichen Ausdrücken. Beispiele: Cod. 2, 3, 6. 9. 22. 25. 3, 28, 2. 35, 6. 41, 1. 4, 31, 3. 5, 4, 7. 11, 1. 56, 1. 6, 11, 2. 56, 3. Die Digesten citirt übrigens Thaleläus in den Anmerkungen nach der Abtheilung in *Πρῶτα,* de judiciis, de rebus und libri singulares, und erst bei den übrigen Büchern nach der Ordnungszahl.

5. Der Index umfasst nicht nur die vor 529 ergangenen Verordnungen, sondern auch die nach 529 von Justinian erlassenen und in die repetita praelectio des Codex aufgenommenen Constitutionen. Man vergleiche z. B. Cod. 9, 13.

6. Der Index scheint keine Andeutung von den Veränderungen zu enthalten, welche durch Justinians Novellen herbeigeführt worden sind. Wo z. B. der Index in den Text der Basiliken aufgenommen worden ist, haben zwar die Redactoren in Gemässheit der Nov. XLII (18) den Pflichttheil und den dem Erben nach der lex Falcidia frei zu lassenden Theil (— die *νόμιμος μοῖρα* und den *φαλκίδιος* —) aus einer quarta in einen triens abgeändert: Thaleläus selbst aber hatte noch *τριούγκιον* oder *τέταρτον* geschrieben, wie z. B. Cod. 3, 28, 26[2]). 29, 5. 30, 1. 4, 2, 1. 6, 20, 20. 49, 3. 50, 2 beweisen.

---

[1]) Vergl. des Syrers Ulpian Erklärung von plurisve in Dig. 50, 16, 192, und in syrischen Vertragsurkunden und Grabschriften in Hermes XIX S. 423 Anm.

[2]) Wenn Thaleläus in dem Scholium zu Cod. 3, 28, 29 das *τρίτον* hat, so hat entweder auch hier eine Interpolation stattgefunden, oder aber es ist der zweite Theil des Scholiums ein späterer Zusatz.

Digitized by Google

Die Interpolationen sind übrigens zum Theil recht ungeschickt gemacht, wie sich besonders bei Cod. 3, 28, 12 zeigt. Es setzt Jemand seinen Sohn zu 6, seine Tochter zu 4 und seine Frau (die Mutter der Kinder) zu 2 unciae zu Erben ein, und bestimmt, dass der Bruder der überlebenden Schwester oder die Schwester dem überlebenden Bruder (τῷ περιόντι, superstiti ist statt superstitibus zu lesen), und die Mutter den überlebenden Kindern bei ihrem Tode den empfangenen Erbtheil restituiren solle. Die Tochter hielt sich durch das auferlegte Fideicommiss in ihrem Pflichttheil verkürzt. Dieser (das Viertheil der portio ab intestato, die Basiliken haben statt dessen τρίτον) würde betragen haben = 1½ Unzen (die Basiliken interpoliren: 2 Unzen). Nunmehr aber verbleibt ihr bei einer Restitution nach dem Pegasianischen Senatusconsult [1]) τὸ δ' τῆς οἰκείας ἐνστάσεως (wie es in der παραγραφὴ heisst, — die Basiliken interpoliren hier wieder τὸ τρίτον) d. i. 1 uncia, mithin weniger als der ihr geschuldete Pflichttheil beträgt [2]). Man sieht, die Basiliken haben hier aus Versehen das μίαν οὐγκίαν stehen lassen, während sie dasselbe consequent in μίαν τρίτον οὐγκίαν (das τρίτον von 4 Unzen) hätten umändern müssen.

Ganz wie der Index so ignoriren auch die παραγραφαὶ das Novellenrecht: es sind seit Constantin dem Grossen erlassene Constitutionen des Codex, die sie mit dem Namen νεαραὶ διατάξεις citiren, z. B. Cod. 2, 3, 11 schol. Καὶ γὰρ ῥητῶς. Nur zwei Anmerkungen [3]) finden sich vor, welche Bekanntschaft mit den Novellen zu beweisen scheinen: die zu Cod. 4, 10, 10, welche die Nov. XI (4) anführt, und die zu Cod. 9, 20, 4 schol. Τυχὸν. Hier wird erwähnt, dass der

---

[1]) Die Neueren reden von Trebellianischer Quart.

[2]) Wenn die Constitution gleichwohl aus verschiedenen Gründen die inofficiosi querela für unzulässig erklärt, so legt Thaleläus in der παραγραφὴ auf diese Gründe besonderes Gewicht. Er scheint damit andeuten zu wollen, dass neben der Quart die legitima portio abgezogen werden könne.

[3]) Die Anmerkung Θαλ. zu Cod. 7, 16, 17 gehört nicht hieher. Es ist ein Späterer, welcher zu der παραγραφὴ des Thaleläus bemerkt: .... εἶπεν scil. ὁ Θαλέλαιος und darauf die Nov. XLVIII (22) c. 8 als eine διάταξις μετὰ τοῦτον τὸν εὐσεβῆ κώδικα ἐξενεχθεῖσα erwähnt.

Digitized by Google

ἄρχων der Eparchie (es ist doch wohl die *Φοινίκη παραλία* gemeint, in welcher Berytus lag) *νῦν πραίτωρ* heisse, was auf eine uns nicht erhaltene Novelle zu gehen scheint, welche der durch Nov. LV (Edict. 4) im J. 536 erfolgten Ernennung des *μοδεράτωρ Φοινίκης Λιβανησίας* parallel gewesen sein mag. Indessen weder die eine noch die andere *παραγραφὴ* wird ausdrücklich als von Thaleläus herrührend bezeichnet und kann sehr wohl ein späterer Zusatz von zweiter Hand sein. Jedenfalls findet sich sonst keine Spur einer Berücksichtigung der Novellen Justinians weder im Index noch in den *παραγραφαί*. Der neuen Provincialorganisationen durch Nov. XXIII (24) seqq. wird nicht gedacht: vielmehr wird zum *κατὰ πόδας* von Cod. 9, 3, 1 bemerkt: „*ἑκάστης ἐπαρχίας δύο ἄρχοντες προΐστανται, ὁ μὲν πολιτικὸς ὁ δὲ στρατιωτικός, ἐπὶ μὲν τῷ ἀπαιτῆσαι τὰ δημόσια ὁ στρατιωτικός, ἐπὶ δὲ τῷ δικάζειν τὰς ἀναφυομένας δίκας ὁ πολιτικός*“, und eine Anmerkung zu Cod. 2, 6, 8 erwähnt die durch jene Novellen aufgehobenen Behörden gewisser Massen als existirend, endlich eine *παραγραφὴ* zu Cod. 9, 27, 5 sagt vom comes domorum „*ἐστὶ οὗτος ἐν καππαδοκίᾳ*“, während doch Justinian im J. 535 durch Nov. XLIV (30) denselben beseitigt hat. In der Anmerkung zu Cod. 9, 1, 11 wird des *ἔπαρχος τῶν νυκτῶν* gedacht, den Justinian im J. 535 durch einen *πραίτωρ τοῦ δήμου* ersetzt hat, Nov. XXXVIII (13). Die Nov. XLII (18) vom J. 535 berücksichtigt Thaleläus nirgends; hinsichtlich der Erhöhung des Pflichttheils ist dies schon vorhin bemerkt, aber auch die Collation bei testamentarischer Erbfolge, wie sie nach Nov. cit. c. 6 stattfinden soll, kennt die Anmerkung *Εἴτε διαθέμενος* zu Cod. 5, 13, 1 nicht. Auf Nov. XLVIII (22) nimmt Thaleläus keinen Bezug, wie eine Vergleichung des letzten Scholiums zu Cod. 6, 56, 5 zeigt[1]), ebensowenig die Anmerkung zu Cod. 5, 51, 1 auf Nov. LXIV (48), die zu Cod. 2, 12, 26 auf Nov. XCI (71). Endlich die letzte Anmerkung zu Cod. 7, 15, 1 gedenkt nicht der Nov. CXXXVI (115), noch die Anmerkung zu Cod. 3, 28, 17 der Nov. CXLIII (118).

---

[1]) Ueber die *παραγραφὴ* zu Cod. 7, 16, 17 siehe die vorstehende Anmerkung.

Digitized by Google

Man kann hienach nur annehmen, entweder dass Thaleläus bei seinen Bemerkungen zum Codex der Novellen absichtlich nicht gedacht, sondern dieselben einer besonderen Bearbeitung vorbehalten habe, oder aber dass die ältesten Novellen erst Jahre nach ihrem Erlass in Berytus bekannt worden seien. Denn indem Thaleläus die partes bez. libri singulares der Digesten, welche nach Justinians auch an ihn adressirter c. Omnem den Zuhörern in aufeinanderfolgenden Jahren erklärt werden sollten, sämmtlich als in Vorlesungen erläutert citirt, so kann er nicht vor 538 geschrieben haben, da er erst dann, selbst wenn er im J. 534 mit den Institutionen begonnen hatte, seine Zuhörer zum Studium des Codex anleiten konnte. Hiermit stimmt auch die unter Nummer 3 erwähnte geschichtliche Notiz.

Nun ist freilich eine so späte Abfassung des Index und der jüngeren *παραγραφαὶ* nicht wohl vereinbar mit der Thatsache, dass der Index wenigstens von Cod. 1—3 Texte vor Augen hat, welche von dem Texte der repetita praelectio abweichen. Zur Erklärung dieses Umstandes wird wohl angenommen werden müssen, dass Thaleläus bereits nach Abfassung eines *κατὰ πόδας* bald nach 529 mit der Ausarbeitung eines Index begonnen hatte. In dieser Arbeit muss er durch die Publication der Institutionen und Digesten unterbrochen worden sein. Erst nach beendigten Vorträgen über dieselben, und nachdem mittlerweile die secunda editio des Codex erschienen war, ist er etwa 538 an die Fortsetzung seiner Arbeiten über den Codex herangetreten. Er hat aber nunmehr den ursprünglichen Plan, den Index als eine von dem *κατὰ πόδας* ganz getrennte Bearbeitung zu behandeln, aufgegeben und Beide vielmehr in der Art verschmolzen, wie dies zu Anfang dieser Auseinandersetzung dargestellt worden ist, also bei lateinischen Constitutionen nach dem Index das *κατὰ πόδας* mitgetheilt. (Bei den griechischen scheint eine Mittheilung des griechischen Textes nicht stattgefunden zu haben, indem man denselben im Originalcodex vorfand. Das will Thaleläus im Index von Cod. 4, 35, 24 von dieser Verordnung sagen: *ἑλληνικὴ οὖσα τῆς κατὰ πόδα παραδόσεως οὐ δεῖται κατὰ τὴν ἡμετέραν διάστιξιν.*) Nur durch diese Hypothesen vermag ich in Einklang zu bringen, was sich in den

Digitized by Google

von dem *κῶδιξ* des Thaleläus auf uns gekommenen Bruchstücken anscheinend Widersprechendes über Natur und Entstehung desselben ergiebt!

IV.

Der Scholastikus Theodorus aus Hermopolis.

In meinen *Ἀνέκδοτα* p. XXXI sqq. habe ich ein eigenes Kapitel dem *σύντομος κῶδιξ* des *Θεόδωρος σχολαστικὸς θηβαῖος ἑρμοπολίτης* gewidmet. Ueber die Schriften und Handschriften, in welchen sich Bruchstücke desselben erhalten haben [1]), über den Charakter dieses *σύντομος σὺν παραπομπαῖς* ist dort ausführlich gehandelt, und eine Restitution von Cod. IX, 23 und 42 beispielsweise mitgetheilt. Diesen Auseinandersetzungen weiss ich nichts Wesentliches hinzuzufügen. Es müsste denn die Bemerkung sein, dass Theodorus offenbar den Codex des Thaleläus vor Augen gehabt hat und demselben folgt. Zum Beweise führe ich beispielsweise an Cod. 2, 6, 6, wo das cum plurimis von Thaleläus mit *μετὰ πάντων*, von Theodorus *μετὰ ὅλων* übersetzt wird, und Cod. 9, 16, 6, wo Thaleläus und ihm folgend Theodorus *σίδηρον* für telum hat, eine an beiden Orten sehr fragwürdige Interpretation. Vergl. auch Cod. 6, 2, 17. 9, 9, 22.

Ein anderer Theodorus, entweder der in der c. Omnem genannte Antecessor, oder gar ein dritter Theodorus könnte neben dem Theodorus Scholasticus in den Scholien der Basiliken als Commentator zum Codex vorzukommen scheinen. Und es mögen daher die hierauf bezüglichen Stellen einzeln in Betracht gezogen werden:

1. Cod. 2, 3, 23. Im Scholium mit der Ueberschrift *Θεοδώρου* werden die *πρῶτα* der Digesten citirt, die Ueberschrift kann also nicht von dem Scholastiker Theodorus verstanden werden, da dieser in seinem *σύντομος κῶδιξ* auf die Digesten grundsätzlich keinen Bezug nimmt. Auf der anderen Seite ist das *ὑπόμνημα* zu Cod. 2, 3, 3, auf welches Bezug genommen wird, anscheinend in dem Scholium zu dieser Stelle erhalten. Der Urheber desselben ist zwar nicht genannt, aller

---

[1]) Neuerdings ist die Epitome und der Commentar des Theodorus Bestes hinzugekommen.


Digitized by Google

Wahrscheinlichkeit nach aber ist es der Antecessor Thaleläus, die Ueberschrift *Θεοδώρου* mithin apokryph.

2. Cod. 2, 4, 21. Hier ist die Ueberschrift *Θεοδώρου* über dem ersten Scholium unzweifelhaft apokryph. Sie findet sich zwar im Cod. Coislin., nicht aber bei Fabrot.

3. Der Summe von Cod. 2, 9, 3 in Bas. 8, 1, 42 giebt der Hänel'sche Codex die Ueberschrift *Θεοδώρου κείμενον* (ed. Heimb. I p. 356 not. o). Indessen da es *τὸ κείμενον* heissen müsste, wenn gesagt werden sollte, dass der Text der Basiliken von Theodorus sei, so neige ich mich der Ansicht zu, dass der Schreiber, der *Θεοδώρου* geschrieben hatte, dies als ein Versehen bezeichnen wollte, indem er bemerkte, dass es vielmehr *κείμενον*, nicht *σχόλιον* scil. *θεοδώρου* sei.

4. Cod. 3, 29, 2. Das hiezu gehörige Scholium mit der Ueberschrift *Θεοδώρου* kann nicht aus dem *σύντομος* des Scholastikers Theodorus sein, da dessen Summe vielmehr in dem voranstehenden Scholium erhalten ist. Heimbach will *Ἰσιδώρου* lesen; meines Erachtens aber liegt eine Anmerkung des Thaleläus vor, welche so zu emendiren ist: *εἰ ὑπεξούσιος ἦν ὁ σὸς ἀδελφὸς, ἐξ ῥὲ τοῦ πατρὸς οὖσα ἡ δωρεὰ πάλιν αὐτῷ προσεπορίσθη, καὶ ἐδεῖτο καὶ τοῦ ἐφησυχάσαι αὐτὸν ἕως τελευτῆς· εἰ δὲ αὐτεξούσιος ἦν, χρεία δεινοφφικίοσο.* Noch mehr springt der Schreibfehler bei Cod. 3, 31, 12 in die Augen, wo der Index des Thaleläus die Ueberschrift *Θεοδώρου* hat.

5. Cod. 6, 2, 22 gehört ebensowenig hieher. Denn die Ueberschrift *Θεοδ.* welche das schol. 1 *Κλαπέντος* zu Bas. LX, 6, 39 hat, ist nicht Theodorus zu lesen, sondern Abkürzung für *Θεοδωρίτου*. Am allerwenigsten war an Theodorus scholasticus zu denken, wie Heimbach Manuale ad h. l. will, da der Styl der Stelle, insbesondere das *ὡς ἔφαμεν*, jenem fremd ist.

6. Cod. 8, 53, 27. Hier bedeutet die Ueberschrift *Θεοδώρου* den Scholastikus dieses Namens, aus dessen Summe Anfang und Schluss des Scholiums genommen ist. Der Zwischensatz: *οὕτως γὰρ καὶ πατρίκιος ὁ μόνος διδάσκαλος (νομοδιδάσκαλος?) .... πράξεως ὑπομνημάτων προβάσης*, stammt aber nicht aus dem *σύντομος κῶδιξ* des genannten Theodorus, denn dieser hätte sich nicht einen Schüler des weit älteren

Digitized by Google

Domninus nennen können. Der Satz ist vielmehr eine παραγραφή, die in einem besonderen Absatze hätte gedruckt werden sollen: von wem sie herrühre, ist nicht gesagt.

Es ergiebt also eine nähere Prüfung der in Betracht kommenden Stellen, dass keine Veranlassung vorliegt, ausser dem Scholastiker Theodorus auch noch einen anderen Juristen dieses Namens als Commentator des Codex anzunehmen.

V.

Der Antecessor Stephanus und die Summa des Codex mit Paratitlen.

Die Collectio constitutionum ecclesiasticarum tripartita enthält in ihrem ersten Theile eine Summa von Cod. lib. I tit. 1—13 mit Paratitlen.

Die Summe giebt in jedem Titel von dem Inhalte der einzelnen Constitutionen der Reihe nach kurze Uebersichten als ἑρμηνεία α', β' u. s. w. — eine Bezeichnung, welche an die ἑρμηνεῖαι unter den Scholien zum achten Buche der Basiliken erinnert. — Sehr merkwürdig und bisher nicht genug beachtet ist die Summe von Cod. 1, 4, 32. Diese Verordnung ist bekanntlich wiederholt in Cod. 4, 66, 4, und von dieser geminirten Stelle besitzen wir einen Index in Basil. XX, 2, 4, eine Summe in Epit. 7, 36, endlich die Summe des Anatolius in den Anecdota Laurentiana von Ferrini II, 165. Hier heisst es ganz gleichmässig, dass der Emphyteuta, wenn der Eigenthümer den offerirten Kanon während dreier Jahre nicht annehme, nachdem er den Betrag deponirt und dies dem Eigenthümer — in Konstantinopel bei dem Praefectus urbi oder praetorio oder dem sonst competenten Magistrate, in den Provinzen bei dem Präses oder dem Defensor oder dem Bischoff — denuncirt habe, von der Leistung des Kanon bis auf Weiteres befreit sein solle. Die Summe von Cod. 1, 4, 32 hat aber einen Zusatz, der vielleicht den besonderen Grund errathen lässt, weshalb und in welcher Fassung die Constitution auch in den Titel de episcopali audientia aufgenommen worden ist[1]). Es heisst da nämlich, dass die

[1]) Es war ein Fehler, dass man neuerdings nach Witte's Vorschlag den Index in Basil. XX, 2, 4 auch als Cod. 1, 4, 32 restituirt hat.


Digitized by Google

Denunciation auch geschehen könne παρὰ τῷ πατριάρχῃ τοῦ δεσπότου δυνάστου ὄντος. — Die Summe folgt übrigens überall dem Texte der repetita praelectio des Codex. Am schlagendsten beweist dies Cod. 1, 5, 4, wo der alte Index des Thaleläus ganze Sätze mehr hat, wie sie im Theodosischen Codex stehen, welche aber in der repetita praelectio des Justinianischen Codex nach Ausweis der Handschriften fehlen. — Ueber den Ort, wo die Summa von Cod. 1, 1—13 abgefasst worden ist, giebt das ἐνταῦθα Aufschluss, welches tit. 3 c. 31 und tit. 4 c. 28 gebraucht wird, um die kaiserliche Hauptstadt zu bezeichnen: bei tit. 4 c. 28 fügt nach Pitra II p. 413 ein Codex Palatin. mit Recht am Rande hinzu: ἐν κωνσταντινουπόλει φησί. Das ἐνταῦθα kehrt in derselben Bedeutung wieder tit. 3 c. 32: dafür aber steht im Nomoc. XIV titt. 9, 1 (Pitra II p. 533), wo diese Stelle wörtlich angeführt wird, ἐν βυζαντίῳ. Und auch die Handschriften der Collectio tripartita haben in der Summe von tit. 2 c. 17 ἐν βυζαντίῳ. — Dieser Gebrauch des Namens βυζάντιον für κωνσταντινούπολις giebt übrigens einigen Anhalt für die Bestimmung des Zeitalters, in welchem die in Frage stehende Summe verfasst worden ist. Denn βυζάντιον ist bei den Schriftstellern erst gegen Ende des sechsten Jahrhunderts als elegante Benennung der Hauptstadt zur Mode geworden. In Justinians Novellen sowie bei den juristischen und nichtjuristischen Schriftstellern aus Justinians Zeit heisst sie entweder βασιλὶς πόλις oder κωνσταντινούπολις. Erst von späteren Schriftstellern, wie Agathias und Theophylactus Simocatta wird βυζάντιον mit affectirter Eleganz gesagt. Und was die juristischen Schriftsteller betrifft, so braucht der Verfasser der Collectio XXV capitulorum in der Rubrik von c. 5 βυζάντιον; ebenso Ende des sechsten Jahrhunderts Theodorus in seinem Breviarium Novellarum Nov. 123 c. 54 (vergl. hiezu noch Epit. 7, 40), und auch der Verfasser der Epitome Novellarum, deren sich Anonymus-Enantiophanes gegen die Mitte des siebenten Jahrhunderts bediente (vergl. meine Abh. über den Pseudo-Photianischen Nomokanon in den Petersburger Mémoires to. XXXII no. 16) in den im Nomoc. XIV titt. 8, 2 und 9, 1 (bei Pitra II p. 522. 535) angeführten Stellen. Endlich führt derselbe Enantiophanes-Anonymus,

Digitized by Google

welcher wie vorhin erwähnt in Cod. 1, 3, 32 ἐν βυζαντίῳ für ἐνταῦθα interpolirt, in einer Summa von Cod. 9, 13, 1 (Nomoc. IX, 1 bei Pitra II p. 535) ἐν βυζαντίῳ für in regia urbe an; und das wahrscheinlich ebenfalls von Anonymus herrührende Scholium zu Basil. 38, 10, 13 sagt ἐν βυζαντίῳ, wo die citirte Stelle der Institutionen (1, 23 § 3) Romae hat. Nach Alledem kann die Abfassung der Codexsumma, von welcher lib. I tit. 1—13 in der Collectio tripartita erhalten ist, nicht wohl früher als in das letzte Drittheil des sechsten Jahrhunderts gesetzt werden, was auch dadurch bestätigt wird, dass die Collectio tripartita selbst um diese Zeit entstanden ist. Was endlich den Verfasser der Summa betrifft, so habe ich, wie bereits in der Einleitung bemerkt, in der dort angeführten Abhandlung wahrscheinlich zu machen gesucht, dass dieselbe von einem jüngeren στέφανος ἀντικένσωρ verfasst sei. Von dem σύντομος κῶδιξ στεφάνου ἀντικήνσορος haben sich noch sonst Bruchstücke theils in der Appendix Eclogae, theils in der Epitome ad Prochion mutata erhalten. Ich habe dieselben mitgetheilt und ausführlich darüber gehandelt in meinen Ἀνέκδοτα p. 176 sqq. Einige Berichtigungen der an diesem Orte gemachten Erörterungen enthält der eben citirte Aufsatz, dem ich Wesentliches nicht hinzuzufügen habe, mit Ausnahme dessen, was jetzt näher ausgeführt werden soll.

Zu den einzelnen Titeln der Summa ist nämlich unter der Bezeichnung als Paratitla *(Καὶ ὅσα παράτιτλα)* ein Anhang beigefügt, welcher Stellen verwandten Inhalts aus anderen Titeln des Codex und aus den Novellen in der Ordnung des Codex oder der benutzten Novellensammlung enthält. Wo es an Stoff für einen solchen Anhang fehlte, wird dies ausdrücklich bemerkt *(Οὗτος ὁ τίτλος οὐκ ἔχει παράτιτλα)*. Summa und Paratitla sind nur äusserlich mit einander verbunden: innerlich ist ihre Unabhängigkeit von einander so gross, dass man nicht umhin kann, zwei verschiedene Verfasser anzunehmen, den Stephanus, welcher die Summe verfasst, und einen Anderen, welcher die Summe später durch Paratitla bereichert hat. Wo eine Constitution, die uns in der Summa erhalten ist, auch in den Paratitla angeführt wird, geschieht dies stets in durchaus anderer Fassung. So erwähnen die Parat. tit. 2 einer Bestimmung der l. 2 C. de

Digitized by Google

summa trinit., welche in der Summa ganz übergangen ist; die Parat. tit. 3 und 4 referiren mit gleichen Worten den Inhalt von Cod. 1, 2, 6, während die Summa derselben ganz anders lautet; und diese Beispiele könnten noch sehr vermehrt werden. Ja die Verschiedenheit zwischen Summa und Paratitla geht mitunter so weit, dass deren Verfasser verschiedene Recensionen des Codex ihrer Arbeit zu Grunde gelegt haben müssen, wie demnächst ausführlich nachgewiesen werden soll.

Was die Anführungen von Novellen in den Paratitla betrifft, so bieten dieselben Spuren einer Epitome Novellarum, welche von der des Theodorus und Athanasius und auch von der von Anonymus-Enantiophanes benutzten verschieden ist, wie sich am deutlichsten in Parat. tit. 4 bei Anführung von Nov. CIII (86) ergiebt. Jener Epitome hat eine eigenthümliche Novellensammlung zum Grunde gelegen: die Rubriken derselben stimmen genau zu den bei Athanasius und ähnlich zu denen im Authenticum befindlichen, die Ordnungszahlen aber weichen ab. Zwar lassen sich dieselben nur schwer verfolgen, da die gedruckten Ausgaben sowohl als die von Pitra to. II mitgetheilten Varianten vielfach corrumpirte Zahlen geben. Das Wenige, was zu ermitteln ist, mag hier verzeichnet werden. Es wird citirt die Novelle:

ε'. *Περὶ μοναστηρίων καὶ μοναχῶν καὶ ἡγουμένων.* Parat. 3. Nov. XIII (5).

ϛ'. *Περὶ τοῦ πῶς δεῖ χειροτονεῖσθαι τοὺς ἐπισκόπους καὶ πρεσβυτέρους καὶ διακόνους καὶ τὰ ἑξῆς.* Parat. 3. 4. Nov. XII (6).

ζ'. *Νόμος περὶ τοῦ μὴ ἐκποιεῖσθαι ἢ ἀνταλλάττεσθαι τὰ ἐκκλησιαστικὰ πράγματα καὶ τὰ ἑξῆς.* Parat. 2. Nov. XV (7).

κβ'. *Περὶ τῶν δευτερογαμούντων.* Parat. 3. Nov. XLVIII (22).

μδ'. *Περὶ τῆς τῶν ἐκκλησιαστικῶν ἀκινήτων πραγμάτων ἐκποιήσεως καὶ καταβολῆς.* Parat. 2. Nov. LXIII (46).

ν'. *Περὶ τοῦ μὴ ἐλευθερωθῆναι βουλευτικῆς τύχης ἰουδαίους καὶ τὰ ἑξῆς.* Parat. 5. Nov. LXII (45).

νβ'. *Ὥστε τὴν διάταξιν τὴν βουλομένην τοὺς ἐξ ἐναπογράφου καὶ ἐλευθέρας τεχθέντας ἐλευθέρους εἶναι νοεῖσθαι καὶ τὰ ἑξῆς.* Parat. 2. Nov. LXX (54).

Digitized by Google

οε'. Ἡ διάταξις ἑρμηνεύει τὴν προτέραν διάταξιν τὴν περὶ τῶν εἰσιόντων εἰς μοναστήριον καὶ τὰ ἑξῆς. Parat. 3. Nov. XCV (76)[1]).

οη'. Ἡ διάταξις παρὰ τίσι δεῖ δικάζεσθαι μοναχοὺς καὶ ἀσκητρίας. Parat. 3. 4. Nov. XCVIII (79).

π'. Ἡ διάταξις ἡ διὰ τῶν ἀξιωμάτων καὶ ἐπισκοπῆς ἐλευθεροῦσα τῆς ὑπεξουσιότητος. Par. 3. 4. Nov. CI (81).

Ausserdem erwähnt noch die verderbte Stelle Parat. 4 eine Novelle *οε' ἀνεπίγραφον οὖσαν, ἀναγκαίαν δὲ καὶ φιλάνθρωπον* (ob *ος'* = Nov. XXVIII (77)?), und eine Novelle, deren Ordnungszahl in den Handschriften verschieden angegeben wird, *κδ'* oder *ρδ'* oder *ρκδ'* oder *ρλα'* = Nov. CIII (86). Alle diese Anführungen reichen indessen nicht aus, um die von mir früher geäusserte Vermuthung hinreichend zu rechtfertigen, dass die zu Grunde liegende Novellensammlung dieselbe sei, nach welcher Stephanus in dem *πλάτος* der Digesten die Novellen citire, oder diejenige, welche der Epitome des Athanasius zu Grunde liege.

Die Anführungen von Codexstellen, welche den vorwiegenden Theil der Paratitla bilden, zeichnen sich unter Anderem dadurch aus, dass sie von jeder nach Buch, Titel und Zahl citirten Constitution auch noch die Anfangsworte — und zwar die lateinischen bei den in dieser Sprache erlassenen Constitutionen — angeben. Das weist darauf hin, dass der Verfasser ein Original des Codex vor Augen hatte. Allein man darf dies nicht so verstehen, als ob er lediglich das Original vor sich gehabt und danach seine Inhaltsangaben der Constitutionen selbst gemacht habe. Denn dagegen spricht, dass diese Inhaltsangaben in den Paratitla verschiedener Titel fast mit denselben Worten wiederholt werden. Es kehrt nämlich wörtlich wieder die Inhaltsangabe von

Cod. 1, 1, 3	. . . . .	in Par. III und Par. V
„ 1, 2, 6	. . . .	„ IV

[1]) Wenn als Inhalt dieser Novelle angegeben wird „*ὡς δεῖ πάντα εἰς μοναστήριον εἰσιόντα ἔχοντα παῖδας, εἴτε ἀνὴρ ἐστιν εἴτε γυνή, διατίθεσθαι τὰ καθ' ἑαυτούς· ἑρμηνεύει δὲ καὶ τὴν ἕκτην διάταξιν τοῦ παρόντος συντάγματος*“ so ist unter dem *σύνταγμα* wohl eben die Epitome gemeint. Statt *ἕκτην* (*ς'*) ist aber wohl *ε'*, d. i. *πέμπτην* zu lesen.

Digitized by Google

Cod. 1, 6, 1 . . . . in Par. IV
„ 1, 12, 1 . . . . . in Par. VII und Par. IX
„ 1, 12, 3 . . . . . . „ „ III „ „ IV

Auch scheint in der Inhaltsangabe von Cod. 1, 2, 17 der Verfasser ausdrücklich einen Unterschied zu machen zwischen dem Originaltext und der ihm vorliegenden Fassung des Inhalts, indem diese bezeichnet wird als *σαφηνίζουσα ἀπὸ τοῦ ῥητοῦ κτλ.* Man ist daher genöthigt anzunehmen, dass der Verfasser sich einer Bearbeitung bedient habe, in welcher neben dem Originaltexte bei jeder lateinischen Constitution ein griechischer Index stand.

Dass dieser Codex kein anderer gewesen ist, als der oben besprochene des Thaleläus, erscheint bei näherer Prüfung als sehr wahrscheinlich. Die Gründe sind folgende:

Von Cod. 1, 3, 32 hat uns der Commentar des Theodorus Bestes zum Nomokanon (bei Pitra II p. 534) den Index des Thaleläus erhalten. Hier lautet der § 5 der Verordnung — vermuthlich nach der im Justinianischen Codex abgeänderten Originalfassung —: *ἐκβιβαστὴς δὲ μὴ ὢν ὀρθόδοξος κατὰ ἐπισκόπου ἢ κληρικοῦ μὴ κομπλευέσθω, ἀλλ' αὐτὸ (αὐτοὶ?) τὴν ἀρχὴν μηδὲ κομπλευέσθωσαν οἱ αἱρετικοί. ἐὰν δὲ στρατεύσηται ἢ κομπλευθῇ κατὰ ὀρθοδόξου ἐπιτρόπου ἢ κληρικοῦ οἱουδήποτε βαθμοῦ, κεφαλικῶς τιμωρείσθω. ὀρθόδοξος δὲ ὢν ὁ ἐκβιβαστὴς ἀπὸ μὲν ἀποφάσεως ἥττονος δικαστοῦ κτλ.* Die Handschriften des Codex kennen jenen Satz von dem heterodoxen Executor nicht: auch die Summe deutet nicht entfernt an, dass etwas derartiges in der Constitution gestanden habe. Die Paratitla zu tit. V aber führen aus der citirten Constitution den Satz an: *ὁ ἐκβιβαστὴς ὀρθόδοξος ἔστω· καθόλου γὰρ αἱρετικὸν οὐ θέμις στρατεύεσθαι.* Woher sollte wohl die Notiz der Paratitla sonst stammen, wenn nicht aus dem angeführten Index, da sonst nirgends eine Spur von der gedachten Bestimmung zu finden ist?

Von Cod. 1, 5, 8 giebt den Index des Thaleläus Heimbach nach dem Codex Coislinianus statt Basil. 1, 27 — den Anfang auch Fabrot als Basil. 1, 25 nach dem Cod. Paris. gr. 1352. Die betreffende Stelle des Textes der lateinischen Constitution lautet in der repetita praelectio des Codex nach unseren Handschriften also: quod si fecerint et hoc factum

Digitized by Google

fuisse domino volente constiterit, post rem in examine judicis comprobatam domum vel possessionem in qua convenerint vel monasterium ejus civitatis orthodoxae ecclesiae in cujus territorio est jubemus addici[1]). Der Index giebt dies also wieder: *εἰ δὲ ποιήσουσι σύνοδόν τινα ἢ παρασύναξιν εἰδότος τοῦ δεσπότου τοῦ τόπου, μετὰ ἐξέτασιν καὶ ἀπόδειξιν ἐν δικαστηρίῳ προβαίνουσαν ὁ μὲν οἶκος ἢ τὸ χωρίον ἐν ᾧ συνῆλθον τῷ φίσκῳ ἀνυπερθέτως προσκυρωθήσεται, αὐτὸ δὲ τὸ μοναστήριον ὃ κατεσκεύασαν τῇ ἁγιωτάτῃ ἐκκλησίᾳ τῆς αὐτῆς ἐνορίας προστεθήσεται.* Man sieht, der Index folgt hier einem älteren Texte (— vermuthlich dem der Originalconstitution —), die Paratitla tit. 2 aber wiederum dem Index, indem sie sagen: *τὰ .... μοναστήρια τῇ τῆς ἐνορίας προσκυρωθήσεται ἐκκλησίᾳ.* Die Summe dagegen hat den Justinianischen Text vor Augen: *τὸν οἶκον ἢ τὴν κτῆσιν ... ἡ ἐκκλησία λαμβάνει.*

Anstatt des bei Pitra II p. 603 erhaltenen ächten Textes von Basil. 1, 47 geben der Cod. Coislin. (Heimbach) und Paris. gr. 1352 (Fabrot) den Index des Thaleläus. Dieser folgt der Originalverordnung — der Nov. Theodosii 3 in den Anfangsworten: *Πᾶσιν ἰουδαίοις καὶ πᾶσι σαμαρείταις.* Dagegen Cod. 1, 9, 18 in unseren Handschriften erwähnt die Samariter ebensowenig, als unsere Summe dieser Constitution. Die Paratitla tit. 2 und 7 aber folgen auch hier getreulich dem Index in der Nennung der Samariter[2]). Die Paratitla tit. 13 heben auch bei Cod. 1, 3, 54 die Samariter hervor, von denen weder der Text in der repetita praelectio des Codex noch die Summa etwas wissen.

So erwähnen auch die Paratitla zu tit. 3 die l. 29 C. 7, 62 mit den Anfangsworten Addictos und schreiben ihr einen Inhalt zu, welchen sie an dieser Stelle in der zweiten Auflage des Codex nicht hat. Dieselbe Constitution enthält der Codex schon als l. 6 C. 4, 6 und dort hat sie allerdings den angegebenen Inhalt, während die l. 29 C. 7, 62 die auf die Kleriker

---

[1]) Krüger corrigirt nach dem Index gegen die Autorität der Handschriften.

[2]) Krüger ist auch hier geneigt den lateinischen Text nach dem Index zu corrigiren.



und Mönche sich beziehenden Worte wenigstens in der repetita praelectio geflissentlich weglässt.

Endlich mag noch angeführt werden Cod. 1, 11, 6, wo die Paratitla zu tit. 9 in den Worten *μὴ ἀποκεχρήσθωσαν τῇ δυναστείᾳ τῆς θρησκείας* lebhaft erinnern an den statt des ächten Basilikentextes von Fabrot und Heimbach aus Cod. Paris. gr. 1352 und Coislin. edirten Index: *ἀποκεχρημένοι τῷ βούλεσθαι τὴν ἰδίαν θρησκείαν διεκδικεῖν.*

Wenn freilich Cod. 2, 15, 2 in Basil. 6, 11, 1 aus demselben Index entnommen sein sollte, so könnte ein Vergleich mit dem, was die Parat. zu tit. 3 aus jener Constitution anführen, die vorstehenden Beispiele wieder zu entkräften scheinen. Hier heisst es nämlich von dem Kleriker, der vela regia oder titulum an fremden Gebäuden ohne richterlichen Befehl anbringt, *δημευθεὶς καὶ δεπορτατευθεὶς καὶ αὐτῆς τῆς ἐλευθερίας στερίσκεται.* Dies entspricht ganz dem lateinischen Texte: proscribendum deportandumque non solum civitate Romana sed etiam libertate privari censemus. In Basil. 6, 11, 1 aber heisst es: *δημευέσθω καὶ περιοριζέσθω τῆς ῥωμαϊκῆς ἐκπίπτων πολιτείας, κἄν τινες ὦσι τῆς ἰδικῆς οὐσίας τοῦ εὐσεβοῦς βασιλέως φροντίζοντες*[1]). Hält man die letzten Worte für eine Uebersetzung einer verdorbenen Lesart im lateinischen Texte (— etwa privatae rei für privari —), so wird man den Index keineswegs als Quelle für den Verfasser der Paratitla betrachten können. Allein richtiger dürfte es sein, in den angeführten Worten eine Interpolation der Redactoren der Basiliken zu erblicken. Und es würde alsdann die Vermuthung über die Benutzung des von Thaleläus verfassten Index für die Paratitla durch keinerlei Bedenken erschüttert sein.

VI.

Der Codex des Antecessor Isidorus.

In dem Nomocanon L titulorum (gedruckt in Voelli et Justelli Bibl. II p. 603 sqq.) kommen mehrfach Codexstellen vor, und zwar:

---

[1]) Fabrot und Biener denken hier an des Tiberius Novelle *περὶ τῶν θείων οἴκων.* Vergl. übrigens Basil. V p. 892, wo gesagt wird, das *κατὰ πόδας* drohe dem Deportirten auch *ἐλευθερίας ἔκπτωσιν* an.

Digitized by Google

Cod.	I, 1, 1. 4	Nom. tit.	36
„	I, 2, 6. 16 [1])	„ „	2. 15
„	I, 3, 9. 14. 19. 23. 30. 32. 41. 45	„ „	24. 17. 28. [37. 7. 5. 4. 10. 6
„	I, 4, 25	Nom. tit.	30
„	I, 5, 8. 16. 21	„ „	38. 35. 16
„	I, 6, 1	„ „	36
„	I, 7, 1. 6	„ „	35. 37
„	I, 9, 18	„ „	37
„	I, 12, 3	„ „	47
„	IV, 1, 2	„ „	45
„	IV, 20, 9	„ „	16
„	V, 5, 5. 8	„ „	44
„	VIIII, 1, 3	„ „	16
„	VIIII, 9, 22. 28	„ „	42
„	VIIII, 16, 1. 3. 4. 6	„ „	40
„	VIIII, 18, 2. 4. 5. 6	„ „	39
„	VIIII, 29, 1	„ „	46
„	VIIII, 30, 2	„ „	20

Ich habe seiner Zeit die — auch von Heimbach gebilligte — Vermuthung ausgesprochen, dass die vorstehenden Stellen einer Bearbeitung des Codex durch Isidorus entnommen seien, da die Existenz einer solchen von Matthäus Blastares bezeugt werde und jene Stellen nachweislich aus keiner der sonst bekannten Bearbeitungen des Codex herstammen. Dieses Argument ist nun freilich nach dem oben Ausgeführten hinfällig. Indessen kann immerhin an meiner Vermuthung festgehalten werden. Denn da der Verfasser des Nomokanon in 50 Titeln in Syrien gelebt zu haben scheint, so dürfte es wahrscheinlich sein, dass er den Codex des Berytischen Antecessor Isidorus benutzt hat, wie er für die Digesten das *πλάτος* des Berytischen Rechtslehrers Dorotheus anführt [2]).

[1]) Die Stelle Cod. I, 2, 1 in tit. 6 bei Voell. p. 610 ist wohl späterer Zusatz aus den Basiliken. Es ist dort bemerkt: Haec desunt in C. Ox. und auch die Varianten bei Pitra II p. 417 scheinen anzudeuten (denn grade hier sind Druckfehler zu beklagen), dass in tit. 6 nur ein *νόμιμον* aus Cod. I, 3, 45 angeführt werde.

[2]) Das wäre übrigens nicht unmöglich, dass der benutzte Codex nicht den Isidorus, sondern ebenfalls den Dorotheus zum Verfasser

Digitized by Google

Sodann passt auf die bezeichneten Stellen, was Matthäus Blastares von dem Codex des Isidorus sagt, dass derselbe nämlich *μέσῃ τάξει ἐχρήσατο.* Endlich: es wird im folgenden Abschnitte nachgewiesen werden, wie die Summen von Cod. 9, 9, 22 und 9, 16, 6 im Nomokanon zu den entsprechenden Summen aus dem Codex des Anatolius in demjenigen nahen Verhältniss stehen, welches sich überhaupt als zwischen Isidorus und Anatolius bestehend erweist, so dass der Rückschluss gestattet ist, dass jene Stellen aus Isidorus geschöpft sind.

Ausdrücklich als dem Codex des Isidorus entnommen, werden eine Reihe von Stellen aus Cod. lib. VIII in den Scholien der Basiliken bezeichnet. Und zwar folgende:

Cod. lib. VIII,	Basil. schol. ad
2, 1	40, 9, 3
2, 3	40, 9, 5
3, 1	41, 2, 10 [1])
6, 1	60, 17, 30 [2])
52, 3	2, 1, 52 [3])
53, 2—5	47, 1, 36—39
53, 7—11	47, 1, 40—44
53, 13—15	47, 1, 46—48
53, 17. 18	47, 1, 50. 51
53, 20	47, 1, 53
53, 22—37	47, 1, 55—69
54, 1—5	47, 1, 70—74
55, 1. 2	47, 2, 1. 2
55, 6—10	47, 2, 6—10
56, 1—4	47, 3, 45—48

hatte, welchem der Scholiast der Epanagoge eine Bearbeitung des Codex zuschreibt.

[1]) Das Scholium *Ὁ φαλκίδιος* hat zwar die Ueberschrift *Θεοδώρου*. Da jedoch die Summe des Theodorus bereits voransteht, so ist wohl unzweifelhaft *Ἰσιδώρου* zu lesen.

[2]) Zu Cod. VIII, 9, 1 wird der Isidorus citirt in einem Scholium zu Basil. 60, 17, 28; zu Cod. VIII, 48, 5 im Scholium zu 60, 12, 24.

[3]) Der Paris. gr. 1351 fol. 250b giebt den ächten Text: *Ἰσιδώρου. Τὰ διδόμενα ὀφφικίοις ἢ βουλευτηρίοις ἢ πόλεσιν ἢ πρίγκιψιν ἢ συστήμασι προνόμια κρατεῖ ἐπὶ τῶν αὐτῶν καὶ βέβαιά ἐστιν, οὐ μὴν γενικά εἰσιν.*

Leider trägt der Text dieser Stellen in der Ausgabe von Fabrot die Spuren kritischer Flüchtigkeit an sich, und Heimbach hat denselben nur zu getreu reproducirt. Bis die Handschrift nochmals verglichen sein wird, muss man sich einstweilen lediglich an Conjecturen halten. So ist in l. 25 C. 8, 53 der Anfang, welcher den Worten des lateinischen Textes sive directa sit sive mortis causa instituta entsprechen müsste, ausgefallen, und ebenda müsste unzweifelhaft *καὶ τῷ ἀποτελουμένῳ* (effectu) statt *καὶ τὸ ἀποτελούμενον*, *προστάξεις* statt *πράξεις* (oder umgekehrt), vielleicht auch *παρατυχὼν* statt *προστυχὼν* gelesen werden. So ist in l. 27 C. eod. zu lesen *ἐὰν* statt *κἂν*, *ἔνθα* statt *ἐνταῦθα* (was übrigens auch Heimbach vorschlägt) und *ὁπουδήποτε* (wie Fabrot hat) statt *ὁσουδήποτε* (Druckfehler bei Heimbach). Bei l. 29 C. eod. fehlt wiederum der Anfang, und demnächst ist zu lesen *τῷ δωρουμένῳ* (wie auch Heimbach vorgeschlagen hat). In l. 35 C. eod. möchte statt *πρὸς τὸ μέλλον* zu lesen sein *πρὸς τὸν μετάμελον*, und in l. 36 C. eod. statt *ἐπαχθῇ* vielmehr *ἐπράχθη*. Endlich in der l. 2 C. 8, 55 fehlt am Schlusse das *πρὸς* vor *μητρὸς*, da von der avia materna die Rede ist.

Abgesehen von diesen kritischen Mängeln lässt sich aus den angeführten Bruchstücken ein anschauliches Bild von der Bearbeitung des Codex durch Isidorus gewinnen. Sie referirt den Inhalt der einzelnen Constitutionen eines Titels im Anschlusse an die Fassung des Textes, bald in gedrängter Imperativform, z. B. Cod. 9, 29, 1, bald — insbesondere bei neueren Constitutionen — in etwas breiterer Weise. Sie charakterisirt sich mithin als ein *Ἴνδιξ*, wie man in jener Zeit dergleichen Bearbeitungen nannte, als ein Mittelding zwischen wörtlicher Uebersetzung *(κατὰ πόδα)* und Summe *(σύντομος)*. Mit vollem Rechte sagt daher (wie schon bemerkt) Matthäus Blastares, indem er einerseits den Commentar von Thaleläus, andererseits die Summen von Theodorus und Anatolius vor Augen hat, dass Isidorus *μέσῃ τάξει ἐχρήσατο*. Isidorus giebt z. B. in l. 3 C. 8, 2 den Worten des Textes quum prudentium omnia responsa etc. ausführliche Erwähnung und Erklärung. In l. 3 C. 8, 52 wird am Schlusse darauf aufmerksam gemacht, dass die *προνόμια* dennoch nicht mit leges generales zu verwechseln seien. In l. 24 C. 8, 53

Digitized by Google

giebt Isidorus zuerst den Inhalt des Rescripts wieder, fügt aber eine *σημείωσις* bei, in welcher er aus diesem Inhalte einen allgemeineren Rechtssatz deducirt. (Eine ähnliche *σημείωσις* ist enthalten in l. 33 C. eod.) Interessant ist die etwas weitläufige Interpretation der Worte sive animo dantium etc. in der l. 25 C. eod. In derselben Weise wird zum besseren Verständniss des Originaltextes in l. 3 C. 8, 54 und l. 2 C. 8, 55 darauf besonders hingewiesen, an wen das Rescript adressirt sei [1]).

Wie sich der Isidorische Codex im Allgemeinen durch Befolgung einer *μέση τάξις* charakterisirt, so im Besonderen durch verschiedene Eigenthümlichkeiten.

Das Wort idoneus, von Zeugen oder Documenten gebraucht, wird wiederholt durch *ἀξιόπιστος* übersetzt, Cod. 8, 53, 26. 29. 31. — *Ἀφῆλιξ* wird der adultus minor XXV annis genannt (Cod. 8, 53, 34), wo Andere den Ausdruck *ἔφηβος* oder *ἐλάττων* oder *ἥττων* oder *νέος* gebrauchen. — *Πρὸς ἀληθείας* (revera) heisst es Cod. 8, 53, 10, was sonst nicht gebräuchlich ist. — *Δίχα* bedeutet bald absque bald praeter, Cod. 1, 2, 6. 8, 53, 32. — Endlich *ἤρεσε* ist nicht placuit, wie es im technischen Sinne gebraucht wird, sondern soviel als constitutum est, Cod. 8, 53, 27. 54, 3. 5. 56, 2.

Eigenthümlich ist, wie Isidorus zuweilen, indem er den Inhalt einer Constitution referirt, den Text beinahe wörtlich übersetzt oder den Kaiser selbst als redend aufführt, so Cod. 5, 5, 5. 8 und Cod. 8, 53, 34 § 3 *περιλαμβάνομεν* und § 4 *ἡμεῖς δὲ ὡρίσαμεν κτλ.* Noch häufiger z. B. Cod. 8, 53, 31. 36. 37. 55, 1 leitet er die Mittheilung des Inhalts mit einem *φησὶν* ein, wozu nach Cod. 8, 56, 2 *ἡ διάταξις* zu suppliren ist. (Das *φησὶν* dürfte daher um so weniger mit inquit zu übersetzen sein, als im Folgenden die Worte der Constitution keineswegs getreu wiedergegeben werden.) Die eine wie die andere Redeweise kann man in vielen Stellen der Basiliken und ihrer Scholien beobachten: die erstere z. B. in Cod. 1, 51, 3. 5, 17, 12. 70, 7. 7, 63, 5. 11, 40, 1. 12, 16, 4. 5. 19, 10. 12 § 1. 20, 1. 24, 14. 38, 18. 19; die letztere z. B. Cod.

---

[1]) In l. 8 C. 12, 49 *ἡ διάταξις πρὸς τοῦτο ἀντιγράφει* ist vielleicht in dem *τοῦτο* der Name des Adressaten verborgen.


Digitized by Google

12, 7, 2. 19, 13. Indessen grade die Redewendung *φησὶν* etc. liebt auch Thaleläus, wie besonders das Scholium zu Basil. VIII, 1, 26 anschaulich macht. Weder die eine noch die andere Redeweise darf daher als ein sicheres Kennzeichen betrachtet werden, dass die betreffende Stelle aus dem Codex des Isidorus stamme.

Die Bruchstücke des Isidorischen Codex sind in den Scholien der Basiliken hie und da begleitet von *παραγραφαὶ*, in welchen insbesondere einzelne Worte des lateinischen Textes erklärt werden, so Cod. 8, 53, 17. 22[1]). 32. 54, 3. Dass diese *παραγραφαὶ* von Isidorus selbst herrühren ist freilich nicht unzweifelhaft: denn in l. 32 C. cit. wird indignatio übersetzt mit *κίνησις*[2]), während die *παραγραφὴ* das Wort vielmehr mit *ἀγανάκτησις* verdollmetscht. Uebrigens bin ich geneigt, auch einige umfänglichere Anmerkungen hieher zu rechnen, die bisher dem Theodorus zugeschrieben worden sind. Ich meine den Zwischensatz[3]) in dem schol. 1 zu Bas. 47, 1. 60 „*πλὴν ἰστέον ὅτι δομνῖνος ὁ πολυμαθὴς ὁ ἐμὸς διδάσκαλος — προβάσης*", und den Zusatz zu dem schol. *τοῦ αὐτοῦ* zu Bas. ibid. 72 „*τουτέστι τὴν* praescriptis verbis. *οὕτως γὰρ ὁ ἥρως εὐδόξιος — ἐνόησεν*". Wenigstens der letztere Zusatz scheint eine Bemerkung zu sein, welche das *οὐτιλίαν ἀγωγὴν* im Index des Isidorus von Cod. 8, 54, 3 erläutert[4]).

Besonders auffallend ist, dass Isidorus einen Text vor Augen gehabt zu haben scheint, der von dem Texte in unseren Handschriften des Codex repetitae praelectionis mitunter abweicht. So hat er z. B. in l. 22 C. 8, 53 offenbar incerta vel civili actione gelesen[5]), wo unsere Handschriften das vel nicht kennen. So übersetzt er am Schlusse der l. 1 C. 8, 55 *ἀνεκαλέσατο*, als ob (wie in den Vatic. fr. 272) revocavit

---

[1]) Die Schlussworte des Scholiums sind zu lesen: habito *τουτέστι γενομένου*. Anders Krüger ad h. l.

[2]) Ebenso wird *κίνησις* gebraucht Cod. 1, 1, 1. 3, 14. 3, 2, 4.

[3]) In dem vorangehenden Satz des Theodorus ist vielleicht zu lesen *πατρίκιος ὁ νομοδιδάσκαλος* statt *μόνος διδάσκαλος*.

[4]) Sind diese Vermuthungen begründet, so würde die erstere Stelle ergeben, dass Isidorus ein Schüler des Domninus gewesen ist.

[5]) Anders Krüger.

Digitized by Google

stände, während unser Codex die Lesart retractavit hat. — In l. 34 C. 8, 53 findet sich bei Isidorus der Satz, dass hinsichtlich der bei Schenkungen erforderlichen Tradition die bestehenden gesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben sollten. Dieser Satz fehlt in unseren Handschriften des Codex, und hat auch in der repetita praelectio keinen Sinn, nachdem Justinian in der l. 35 § 5 C. eod. (vom J. 530) das Erforderniss der in Cod. Theod. 8, 12, 1 vorgeschriebenen Tradition beseitigt hatte. (In Cod. 8, 53, 25, wo die c. 1 C. Theod. cit. reproducirt ist, findet sich in der repetita praelectio der die Tradition betreffende Passus gestrichen, und ist hier auch von Isidorus übergangen.)

Da Isidorus auch Indices von C. 8, 53, 34—37. 55, 10 und 56, 4 giebt, d. h. von Verordnungen, die erst nach Publication des ersten Codex erlassen worden sind, so kann der Codex des Isidorus die Gestalt, in welcher die Basilikenscholien Stücke aus ihm geben, erst nach Erscheinen der repetita praelectio erhalten haben. Indessen der Isidorische Index der l. 34 C. 8, 53 bietet die deutlichsten Spuren einer Uebertragung neuerer Vorschriften in den Text älterer Constitutionen, so dass die Ueberarbeitung einer älteren Fassung wahrscheinlich wird. Und so möchte ich denn glauben, dass Isidorus seinen Index ursprünglich zum Codex vom J. 529 gearbeitet, jedoch nach Erscheinen der repetita praelectio im J. 534 umgearbeitet hat, wie denn Athanasius in der Vorrede zu seiner Epitome Novellarum als ein bewährtes Verfahren hervorhebt *τὸ ἐπανορθοῦσθαί τινα ἐφ' οἷς πρότερον ἐνδεῶς ἔτυχε πονήσας*. Die abweichenden lateinischen Texte, die soeben angeführt worden sind, würden alsdann als Spuren eines älteren Originals zu betrachten sein, welche mit Rücksicht auf den Text der repetita praelectio im Index abzuändern später übersehen worden ist.

Wenn nun aber Isidorus seinen Codex jedenfalls der repetita praelectio vom Ende des J. 534 angepasst hat, so ist andererseits ebenso gewiss, dass er vor 536 geschrieben hat. Denn in Cod. 8, 3, 1. 55, 10 und 56, 2 bezeichnet er den Pflichttheil noch als ein *τέταρτον*, während die Nov. XLII (18) vom März 536 denselben bekanntlich auf ein *τρίτον* erhöht hat.

Digitized by Google

VII.

Die Summe des Codex von Anatolius.

Eine genauere Kenntniss von dem Codex des Anatolius haben wir erst neuerdings erhalten durch eine lange Reihe von Bruchstücken desselben, welche Ferrini in seinen Anecdota 1884 bekannt gemacht hat. (Vergl. auch meine Abhandlung „über den Verfasser und die Quellen des Pseudophotianischen Nomokanon in XIV Titeln“ in den Mémoires der Petersburger Akademie VII Série to. XXXII no. 16.) Die Codexstellen, bei welchen Anatolius ausdrücklich als Verfasser angegeben wird oder welche demselben mit höchster Wahrscheinlichkeit zuzuschreiben sind, mag das nachfolgende Verzeichniss aufführen. Wo die betreffende Stelle in Heimbachs Manuale (to. VI der Basilikenausgabe) bereits angeführt ist, soll auf dieses einfach mit dem Buchstaben H verwiesen werden: mit F sind die Stellen bezeichnet, die in Ferrini's Anecdota mitgetheilt sind.

	Anatolii Codex.
Lib. I, 15, 1	F II, 109
18, 10	H
Lib. II, 4, 2. 13—17. 20. 27. 39 .	H et F II, 9—16
5, 1	H
11, 20	F II, 184 (Bas. XXI, 3, [19)
34, 1	F II, 17
40, 1	F II, 18
42, 2	F II, 74 (Epit. 12, 22)
45, 2	F II, 115
Lib. III, 1, 5. 8. 14. 16	F II, 116—118. 186 bis 188
3, 5	F II, 119
10, 2	F II, 120
11, 6	F II, 189
12, 5. 7. 8	F II, 121—123
13, 6	F II, 124
26, 7	F II, 185
27, 1	F II, 125
28, 9	F II, 190
29, 1	F II, 126

Digitized by Google

		Anatolii Codex.
Lib. III,	32, 3. 26	F II, 127. 128.
	34, 1	F II, 129
	35. 1. 3	F II, 130. 131
	38, 9	F II, 132
	42, 6	F II, 133
	43, 1	*Αἱ ῥοπαὶ* p. 237 not. 67
Lib. IV,	1, 2	F II, 134. III, 10
	1, 5. 12. 13	H et F II, 102
	2, 2. 17	F II, 103. 135
	5, 6. 7	F II, 136. 137
	7, 6	F II, 138
	10, 10. 12	F II, 139. 140
	12, 1. 2. 3	F II, 141—143
	13, 1	F II, 144
	19, 5. 8. 16. 19	F II, 145—147 et H
	20, 2. 3. 4	H et F II, 148. 149
	20, 9	H
	20, 13. 15. 17. 18. 19	H et F II, 106—108
	21, 1	F II, 150
	26, 13	H
	32, 2. 3. 4. 6. 7. 10. 11. 12. 13	F II, 151. 171—178
	32, 14	F II, 152
	32, 15. 16	F II, 179. III, 5
	32, 17	F II, 180
	32, 22. 23. 28	H et F II, 153
	33, 2	F II, 181
	34, 3. 7	F II, 154. 182. 183
	35, 13	F II, 155
	38, 6. 11	F II, 156. 157
	39, 3. 8	F II, 158. 159
	41, 2	F II, 160
	43, 1	F II, 161
	44, 6	F II, 162
	49, 1	F II, 163
	64, 2	F II, 164
	66, 4	F II, 165
Lib. V,	1, 1. 3. 6	F II, 166. 167. III, 2

Digitized by Google

	Anatolii Codex.
Lib. V, 2, 1	H
3, 4. 8. 9. 12. 13. 16	F II, 168—170. 19—21
4, 5	F II, 22
9, 1. 3	F II, 71. 72. 23. 24
11, 5	F II, 25
12, 5. 14. 29	F II, 26. 68 et H
31, 8	F II, 191
42, 3	F II, 75
56, 1. 3	F II, 111—112
71, 10	F II, 27
72, 2	F II, 28
73, 3	F II, 29
74, 3	F II, 30
Lib. VI, 1, 3	F II, 31
22, 4	Epitome 29 not. 59
23, 2. 9. 21	Basil. 35, 2, 2[1]). Epitome l. l.
27, 1	H
36, 3	F III, 1
37, 19	H
50, 12	H
56, 3. 6	F II, 191
57, 1	F II, 33
Lib. VII, 26, 3	H
49, 1. 2	F II, 34. 35
50, 1	F II, 36
52, 2. 4	F II, 37. 38
56, 2	F II, 39
62, 20	F II, 40
65, 2. 8	F II, 41. 42
69, 1	F II, 43
75, 4	F II, 44 et Bas. IX, 8, 29
Lib. VIII, 4, 11	? Bas. L, 3, 59
10, 9. 12	Bas. LVIII, 11, 7. 10 et F II, 45. 46
11, 10. 20	F II, 47. 48 et Bas. LVIII, 12, 19

[1]) Im Cod. Paris. gr. 1367 steht dabei: *ἀνατολίου*.

Digitized by Google

		Anatolii Codex.
Lib. VIII,	13, 1	F II, 49 et Bas. XXV, 2, 38
	14, 4	F II, 50
	15, 3. 7	F II, 51. 52 et Bas. XXV, 4, 7. 11
	17, 11. 12	Bas. XXV, 5, 38. 39
	40, 26. 28	Bas. XXVI, 1, 90. 92
	52, 3	F II, 53 (Bas. II, 1, 52)
	53	F II, 54—58
	54	F II, 115
Lib. IX,	1, 13	F II, 59 [1])
	7, 1	F II, 73
	8, 1	F II, 60
	9, 1. 4. 5	F II, 62. 8. 61
	9, 10	H
	9, 22	F II, 63
	10, 1	F II, 64
	11, 1	F II, 65 (App. Eclogae 9)
	13, 1	F II, 66
	16, 1	H et F II, 67
	16, 4	F II, 76
	16, 6	F II, 77
	18, 4	F II, 78
	18, 6	F II, 79
	18, 7	F II, 80 et Bas. LX, 39, 28
	20, 2	F II, 81
	22, 2. 8. 12. 14. 17. 19. 22. 23	F II, 6. 7. 81—87
	28, 1	F II, 88 et H
	32, 3	F II, 89
	33, 1. 4	F II, 90. 91
	34, 2	F II, 5
	39, 1	F II, 3

[1]) Diese Stelle findet sich auch im Proch. 39, 47 und Epanag. 40, 43. Die c. 20. 21 in Proch. 39, 41 und Epan. 40, 42 sind wohl ebenfalls dem Anatolius zu vindiciren.

Digitized by Google

	Anatolii Codex.
Lib. IX, 41, 3	F II, 92
45, 4	F II, 93
46, 2	F II, 94
47, 11. 15. 20. 25 . .	F II, 95—98
49, 3. 6	F II, 99. 100
51, 1	F II, 101
Lib. X, 2, 1	H
3, 5	H
Lib. XI, 62, 14	Bas. LVI, 14, 31

Das vorstehende Verzeichniss ist weit davon entfernt den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Wo die Basiliken eine Stelle aus lib. VIII Codicis geben, ist wohl der Text regelmässig aus Anatolius entlehnt. Nicht unwahrscheinlich ist, dass dies auch bei Stellen aus andern Büchern des Codex der Fall sein mag, wie dies ja z. B. für Cod. 2, 4, 16 nach F II, 13 gewiss ist. Indessen lässt sich mit Hülfe des Verzeichnisses, wenn es auch noch unvollständig ist, über des Anatolius Arbeit ziemliche Klarheit gewinnen.

Sie ist ein *σύντομος κῶδιξ*, eine Summe, welche den Inhalt der einzelnen Constitutionen in kurzer Weise wiedergiebt: sie hatte weder *παραγραφὰς* d. i. erklärende Anmerkungen, noch *παραπομπὰς* d. i. Citate von verwandten Stellen.

Anatolius ist dem Isidorus nahe verwandt. Wie dieser, so braucht auch Anatolius *ἀφῆλιξ* für *ἥττων*, z. B. Cod. 2, 34, 1. 40, 1. 42, 2. 45, 2. Wie Isidorus das *φησὶν* anzuwenden liebt, so braucht Anatolius mit Vorliebe *φαμὲν*, z. B. Cod. 4, 66, 4. 5, 2, 1. 8, 4, 11. 17, 11. 12. 40, 26. 28. 53, 33. 35. 55, 1. 56, 4. 11, 62, 14. Noch schlagender wird die Verwandtschaft durch folgende Beispiele[1]) erwiesen:

Cod. 8, 2, 1 ist der Anatolius, der wohl den Text der Basiliken bildet, fast gleichlautend und nur etwas kürzer als der Index des Isidorus.

---

[1]) Dass Anatolius ebensowenig als Isidorus die l. 6 C. 8, 53 zu commentiren scheint, ist kein Beweis: die Lücke dürfte dadurch zu erklären sein, dass die Redactoren der Basiliken die l. 6 C. cit. absichtlich ausgelassen haben.

Digitized by Google

Cod. 8, 53, 22 eum . . . incerta civili actione ad placitorum obsequium urgueri secundum legem donationibus dictam convenit. Hier scheint Isidorus gelesen zu haben incerta vel civili actione, denn er übersetzt *κινεῖ τὴν πραεσκρίπτις βέρβις . . εἴγε τὸν ὅρον παραχρῆμα ἐνέθηκεν ἐπὶ τῷ πληρωθῆναι τὰ συμφωνηθέντα, ἢ τὴν* ex stipulatu *εἰ ἔτυχε καὶ ἐπερωτήσας.* Dem folgt Anatolius, wenn man die *ἐξελληνισμοὺς* der Redactoren der Basiliken in die ältere Redeweise zurückverwandelt: *ἢ τὴν περὶ μελλούσης ζημίας ἀγωγὴν [ἢ] ἐὰν ἐπηρώτησας τὴν ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ συμφώνου ἀποκρίσεως ἀγωγὴν, ἵνα πληρωθῇ τὰ δόξαντα.* Vergl. hiezu die Summen der l. 9 C. eod.

Cod. 8, 53, 25 „ut recipiantur si complacitae sunt" übersetzt Isidorus *ἵνα ἐὰν ἕληται λάβῃ*, und ebenso Anatolius *ἵνα ἐὰν ἕληταί τις λάβῃ.*

Cod. 8, 53, 26. Den idoneus servus giebt Isidorus wieder *ἕνα ἀξιόπιστον καὶ εὐνούστατον οἰκέτην,* Anatolius gleichlautend *οἰκέτην, ἀξιόπιστον καὶ εὐνούστατον.*

Cod. 8, 53, 35 § 3 tantum quantum donavit übersetzt Isidorus *τοσαύτην πρόσοδον ὅσην ἐδωρήσατο.* Anatolius setzt dafür einfach *πρόσοδον.*

Cod. 8, 53, 36. Die Worte oder Sätze: *κἂν μὴ γέγονεν ὑπομνήματα ἢ τὴν καντίονα* (Anatol. *ἀσφάλειαν*) *ἐμφανίσῃ*, und *ἐὰν δέδωκε μὴ ῥεπετιτευέτω* (Anatol. *μὴ ἀπαιτείσθω αὐτήν*), *κἂν μὴ δέδωκεν ἀπαιτείσθω, εἰ καὶ μὴ ἐπράχθη* (so ist das *ἐπαχθῇ* bei Isidorus aus Anatolius zu corrigiren) *τὰ ὑπομνήματα . . . . μὴ δυνάμενος εἰς ἄλλας αἰτίας αὐτὰ δαπανῆσαι* finden sich wörtlich bei Isidorus sowohl als bei Anatolius.

Cod. 8, 54, 3. Wie hier Isidorus einen Titius einführt, ohne dass die Constitution dazu veranlasst, so der den Basilikentext bildende Anatolius einen Petrus, vielleicht von den Redactoren der Basiliken für Titius exhellenisirt.

Cod. 8, 55, 10. Die Gründe, aus welchen ein Widerruf der gemachten Schenkung zulässig sein soll, führt Isidorus folgender Massen auf: *Εἰ . . . ἀχάριστος ὀφθῇ περὶ τὸν δωρησάμενον, σκαιᾷ κατ' αὐτοῦ χρησάμενος ὕβρει ἢ*

Digitized by Google

χεῖρας ἀδίκους ἐπαγαγὼν ἢ ζημίᾳ μεγίστῃ περιβαλὼν ἐξ οἰκείας ἐπιβουλῆς .... ἢ περὶ ζωὴν ἐπιβουλεύσει .... Aehnlich Anatolius: *ἐὰν σκαιὰν ὕβριν ἐπαγάγῃ ἢ χεῖρας ἐπιβάλῃ ἢ ζημίαν μεγίστην ἐπενέγκῃ ἢ εἰς τὴν ζωὴν ἐπιβουλεύσῃ.*

Cod. 9, 9, 22. Isidorus übersetzt diejenige, welche passim venalem formam exhibuit, mit *ἡ φανερῶς ἐπὶ μισθῷ πορνεύσασα,* Anatolius hat danach einfach *ἡ φανερῶς πορνεύουσα.* Im Text der Basiliken (Thaleläus?) heisst es *ἐκείνη, πρὸς ἣν ἤδη πολλοὶ ἐπόρνευσαν,* Theodorus übersetzt *ἡ ὑπὸ πολλῶν διὰ κέρδος ἀφανιζομένη.* Man sieht wie hier Anatolius sich an Isidorus anschliesst.

Cod. 9, 16, 6. Is qui cum telo ambulaverit. Isidorus: *ὁ μετὰ ξίφους περιϊών,* Anatolius: *ὁ ξίφος ἐπιφερόμενος.* Eine *παραγραφὴ* bemerkt wohl gradezu im Hinblick auf die Interpretation des Isidorus[1]): Telum *καλεῖται ἀκόντιον πᾶν, οὐ μόνον τυχὸν ξίφος.*

Aus den angeführten Beispielen kann man schliessen, dass die Arbeit des Anatolius jedenfalls jünger ist als die des Isidorus. Denn dort ist zum Theil auszugsweise benutzt, was in dieser vollständiger gestanden hat. Auch das könnte als Beweis angeführt werden, dass Anatolius in Cod. 3, 29, 1 mit Rücksicht auf die Nov. XLII (18) vom J. 536 den Pflichttheil als *τρίτον μέρος* bezeichnet, während Isidorus, wie oben bemerkt, noch vom *τέταρτον* spricht.

Die Zeit der Abfassung der Summa des Anatolius habe ich früher unter der Voraussetzung, dass der erste Theil der Collectio constitutionum ecclesiasticarum ein Bestandtheil dieser Summa sei, nach 572 gesetzt. Diese Voraussetzung habe ich aber neuerdings aufgeben müssen, weil Cod. 1, 1—13 in der gedachten Collectio keineswegs aus dem Codex des Anatolius

---

[1]) Kann man von einer Behauptung des Anatolius zurückschliessen auf die Interpretation des Isidorus, so ergiebt Cod. 4, 12, 3 ein anderes Beispiel davon, wie dem Isidorus entgegengetreten wird. Dort sagt Anatolius, und also vor ihm auch Isidorus, dass die res dotales für die munera des Mannes mitverhaftet sind: Thaleläus (im Scholium *Τί ἐστι*) warnt davor, dies argumento a contrario aus der gedachten Verordnung zu schliessen.

Digitized by Google

stammt. Gleichwohl bleibe ich auch jetzt, ungeachtet des Widerspruchs von Ferrini in den oben citirten Anecdota, dabei stehen, dass die Summa nicht früher gesetzt werden kann und dass der Anatolius, welchen Justinian in der c. *Δέδωκεν* vom J. 533 in § 9 nennt *μεγαλοπρεπέστατον μάγιστρον, ὃς δὴ καὶ αὐτὸς παρὰ Βηρυτίοις τὰ ἐκ νόμων παιδεύει καλῶς, ἀνὴρ ἐκ τριγονίας σεμνῆς τῆς παρὰ Φοίνιξιν τῶν νόμων διδασκαλίας καταβαίνων ἀναφέρει γονεῖς*[1]) *Λεόντιόν τε καὶ Εὐδόξιον, ἄνδρας ἐπὶ νόμοις μετὰ Πατρίκιον τὸν τῆς εὐκλειοῦς μνήμης κυαιστώριον καὶ ἀντικήνσορα καὶ Λεόντιον τὸν πανεύφημον ἀπὸ ὑπάρχων ὑπάτων*[2]) *καὶ πατρίκιον τὸν αὐτοῦ παῖδα δικαίως τεθαυμασμένους*, unmöglich der Verfasser der Codexsumma sein kann. Zwar steht einer solchen Behauptung nicht entgegen, dass die Codexsumma nach dem vorhin Bemerkten nach 536 geschrieben ist, wohl aber ist es unwahrscheinlich, dass ein so hochstehender und gerühmter Mann, wie der gedachte Anatolius, bei seiner Bearbeitung des Codex sich des Index seines Zeitgenossen Isidorus bedient haben sollte. Der genannte Antecessor Anatolius muss übrigens auch aus einem anderen Grunde eine von dem Verfasser der Codexsumma verschiedene Persönlichkeit gewesen sein: jener war Antecessor zu Beryt, dieser schrieb in Konstantinopel. Denn in Cod. 8, 53, 32, wo es hervorzuheben galt, dass die Bestimmungen der Constitution grade für Konstantinopel getroffen seien, braucht die Summa mit einer gewissen Emphase den Ausdruck *ἐνταῦθα*, d. i. hierorts, nämlich am Orte, wo der Verfasser schrieb. (Auch die Summe von Cod. 8, 47, 6, welche in der Synops. Υ, 3, 3 erhalten ist, hat *ἐνταῦθα* für in regia urbe: sie ist wohl ebenfalls aus dem Codex des Anatolius geflossen.) Dass Anatolius in anderen Stellen (Cod. 4, 41, 2. 66, 4), wo die Wahl der Bezeichnung gleichgültig war, *ἐν Κωνσταντινουπόλει* und nicht *ἐνταῦθα* sagt, kann dagegen nicht ins Gewicht fallen.

---

[1]) So ist wohl statt des handschriftlichen *ΓΟΥΝ* .IC zu lesen.

[2]) Es ist wohl zu lesen *ἀπὸ ὑπάτων*, oder das *ἀπὸ* aus dem Vorhergehenden hinzuzudenken.

Digitized by Google

VIII.

Anderweite Spuren von eigenthümlichen Bearbeitungen des Codex.

Ueber die Bearbeitungen des Codex von Thaleläus, Theodorus, Stephanus, Isidorus, Anatolius, deren Existenz im Allgemeinen schon bekannt war, haben die vorstehenden Untersuchungen nähere Aufschlüsse gebracht: an bisher nicht bekannten haben sie nur eine alte Summe (unter Nummer II) behandelt. Damit ist aber noch nicht erschöpft, was sich aus den Quellen über die griechischen Bearbeitungen des Codex ergiebt.

Betrachten wir zuerst die Basiliken, so sagen uns die Redactoren derselben gradezu, dass sie die in den Text aufzunehmenden Codexstellen aus verschiedenen Quellen schöpfen. Von der l. 17 Cod. 6, 2 geben nämlich die Basiliken (Bas. LX, 6, 34) zuerst den Index des Thaleläus. Sodann aber fahren die Redactoren fort: *αὕτη μὲν μία παράδοσις τῆς διατάξεως, ἡ δὲ ταύτης κρείττων ἐκείνη ἐστὶ ὅτι* u. s. w., worauf eine Summe folgt, welche auf einer anderen Interpretation der Verordnung beruht. Auch werden in den Basiliken mitunter Constitutionen des Codex in verschiedenen Titeln geminirt, und zwar einige Male in anderer Fassung, je nachdem sie aus der einen oder der anderen Quelle geschöpft sind: man vergleiche z. B. Cod. 7, 30, 3. 40, 2. Im Allgemeinen zwar ist bei der Redaction des Textes der Basiliken von dem Codex des Thaleläus Gebrauch gemacht worden, wie schon oben bemerkt ist, und wo ihnen der Codex des Thaleläus gefehlt hat, wie bei Cod. lib. VIII, von der Summe des Anatolius. Zuweilen aber haben die Redactoren vorgezogen, wo ihnen der Codex des Thaleläus zwar nicht gefehlt, aber aus verschiedenen Gründen nicht genügt hat, aus anderen Quellen zu schöpfen. In einigen dieser Fälle lässt sich die Quelle bestimmt nachweisen, so z. B. Theodorus (bei Cod. 4, 19, 4. 7, 6, 1. 9, 1, 2) oder Anatolius (bei Cod. 2, 4, 16. 11, 20. 7, 52, 2. 75, 4). In anderen Fällen mögen eben diese Summen die Quelle sein, ohne dass es möglich ist einen Beweis dafür zu erbringen, z. B. Theodorus bei Cod. 4, 19, 3; oder es sind eigenthümliche uns sonst nicht bekannte Quellen. In letzterer Beziehung ist

Digitized by Google

nicht etwa zu denken an eine mögliche Bearbeitung des Codex durch Cyrillus: wenigstens sind die **Κυρίλλου** überschriebenen Scholien zu Cod. 4, 19, 9. 10. 11. 13 gewiss nicht von Cyrillus, sondern unzweifelhaft Stücke aus der Summe des Theodorus, und bei Cod. 5, 2, 1 ist die Ueberschrift des Scholiums nicht **Κυρίλλου** sondern **Καλοκύρου** zu lesen (vergl. Bas. III p. 173 not. e). Dagegen ist nicht abzusehen, warum nicht eine Bearbeitung des Codex durch Dorotheus, von welcher in dem schol. b zur Epanagoge tit. 38 die Rede ist, von den Redactoren der Basiliken benutzt worden sein sollte. Auch ist die Ueberschrift des Scholiums bei Cod. 7, 1, 1 einiger Massen räthselhaft: wenn auch das betreffende Scholium zweifellos aus dem Codex des Thaleläus ist, so ist damit doch nicht gesagt, dass die Ueberschrift **Ὁ Φωκᾶς** einfach in **Θαλελαίου** zu ändern sei. Vielmehr ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass **Ὁ Φωκᾶς** gar nicht den Verfasser des Scholiums bezeichnet, sondern den Verfasser einer eigenthümlichen Codexbearbeitung, aus der bei Cod. lib. VII mehrfach der Text der Basiliken entnommen ist. Denn dass hier der Index des Thaleläus nicht überall die Quelle ist, ergiebt sich aus dem Umstande, dass zwischen dem den Text der Basiliken bildenden Index bez. der Summe einzelner Codexstellen dieses Buches und dem **κατὰ πόδας** derselben oder den **παραγραφαὶ** des Thaleläus zu demselben Widersprüche vorkommen. So heisst es bei Cod. 7, 4, 14 im Texte der Basiliken **ἵνα .... ἐπιτεθῇ αὐτῷ ἡ ἐλευθερία,** während Thaleläus in der **παραγραφῇ** sagt **οὐ δέεται .. τοῦ ἐπιτεθῆναι αὐτῷ ἐλευθερίαν.** Cod. 7, 16, 37 sagt das **κατὰ πόδας** conform dem lateinischen Originale accusator deest **ἑκατέροις κοινωνοῖς .. κατήγορος ἐπιλείπει,** der den Text der Basiliken bildende Index hat im Gegentheil **ἐνάγονται οἱ δύο,** als ob es hiesse accusator est. (In ähnlicher Weise sagt bei Cod. 5, 54, 1 die Summe im Text der Basiliken **ἢ κέρδος εἰς αὐτοὺς περιῆλθεν,** während Thaleläus in der Anmerkung darauf aufmerksam macht, dass dies nicht in der Verordnung stehe. Cod. 6, 2, 8 enthält die Summe im Text der Basiliken eine Bestimmung nicht, welche Thaleläus in einer Anmerkung für wesentlich erklärt. Cod. 6, 22, 12 hat der Index nicht das quasi, welches das **κατὰ πόδας** getreulich übersetzt: vergl. Heimbach **Ἀνέκδ.** II p. 259. Cod.

Digitized by Google

9, 1, 13 sagt die Summe einfach *δημόσιον ἔγκλημα*, während das *κατὰ πόδας* hinzusetzt *μέγα* und Thaleläus in einer Anmerkung auf diesen Zusatz besonderes Gewicht legt. Endlich Cod. 9, 3, 2 macht eine *παραγραφὴ* des Thaleläus darauf aufmerksam, dass die Constitution nicht das blosse *ἐμβάλλεσθαι*, sondern nur das *δεσμεῖσθαι ἐν δεσμωτηρίῳ* verboten habe. Die Summe im Texte aber sagt *μηδεὶς ἐμβαλλέσθω εἰς δεσμωτήριον*.)

Bruchstücke eines weitläufigeren jüngeren Index bieten die Basiliken z. B. bei Cod. 3, 33. Hier ist der Basilikentext von c. 16 von dem in den Scholien enthaltenen Index des Thaleläus (*Τῶν παλαιῶν λεγόντων φθείρεσθαι τῷ νονουτένδω τὸν οὐσούφρουκτον ἐνιαυτοῦ ἢ διετίας παραδραμούσης κτλ.*, so ist in meinem Supplem. Basil. p. 124 zu ergänzen) gänzlich verschieden[1]); und im Texte des c. 7 wird das *ζ' βι. τῶν διγ. τί. α'* angeführt, wo Thaleläus und andre ältere Rechtslehrer die pars de judiciis citirt haben würden: jene Citirart findet sich erst bei den Späteren, z. B. bei Cobidas, bei Anonymus-Enantiophanes u. s. w. In Cod. 12, 2, 1 und 28, 2 wird im Basilikentext die Hauptstadt *Βυζάντιον* genannt, was, wie oben nachgewiesen, erst gegen Ende des sechsten Jahrhunderts üblich wird: möglich, dass auch diese Stellen aus demselben Index stammen. Endlich mag die Aufmerksamkeit noch besonders auf Cod. 6, 4, 4 § 16 gerichtet werden. Es ist dies eine Verordnung vom J. 531, welche also erst im Codex repetitae praelectionis gestanden haben kann. Hier sagt der Index, der Pflichttheil habe bei Freigeborenen drei unciae (also eine quarta) betragen *ἐν τοῖς χρόνοις τούτου τοῦ κώδικος*. Auch dies deutet auf ein vergleichsweise jüngeres Alter des Index: denn „in den Zeiten des Codex" konnte doch wohl nur von schon länger vergangenen Zeiten gesagt werden. Ob von diesem jüngeren Index nicht noch manche Codexstellen im Basilikentexte, welche gewöhnlich dem Index des Thaleläus zugeschrieben werden, herrühren dürften, mag dahin gestellt bleiben.

Zum Schlusse muss noch der Codexstellen gedacht werden, welche im Prochiron und der Epanagoge Aufnahme gefunden

---

[1]) Dasselbe gilt von Cod. 3, 35, 3.

Digitized by Google

haben. Dieselben finden sich zu einem grossen Theile in den Basiliken und deren Scholien wieder. Von den übrigen Stellen ist die eine (Cod. 5, 74, 3 in Proch. 31, 7. 8. Epan. 38, 19) nachweisbar aus der Summe des Theodorus, die andere (Cod. 9, 1, 13 in Proch. 39, 47. Epan. 40, 43) aus der des Anatolius entnommen. Von sehr vielen Stellen aber lässt sich die Quelle nicht (und zwar meist nicht einmal vermuthungsweise) nachweisen. Es sind folgende:

Codex	in Proch.	Epan.	Codex	in Proch.	Epan.
I, 3, 41	24, 1	9, 7	IV, 34, 14	38, 45	39, 44
„ 3, 44	5, 2	—	„ 35, 5	39, 51	40, 77
„ 3, 54	2, 9	15, 7	„ 39, 6	38, 55	39, 54
„ 4, 16	2, 3	—	„ 21, 20	—	13, 8
„ 4, 28	—	16, 21	„ 24, 7	16, 6	28, 7
„ 5, 2	39, 27	40, 29	„ 29, 4	9, 19	18, 28
„ 5, 4	39, 29	40, 31	„ 34, 1	18, 11	25, 12
„ 5, 16	39, 28	40, 30	„ 34, 6	18, 13	25, 14
„ 5, 19	1, 14	14, 17	„ 38, 5	—	23, 15
„ 7, 4	39, 34	40, 36	„ 41, 2	38, 9	40, 11
„ 9, 18	39, 32	40, 34	V, 1, 3	—	15, 2
„ 10, 1	39, 31	40, 33	„ 4, 13	4, 14	16, 11
„ 11, 7	39, 30	40, 32	„ 4, 15	—	16, 20
II, 3, 19	—	33, 23	„ 4, 25	1, 13	14, 16
„ 4, 13	—	27, 8	„ 11, 7	4, 20	18, 9[1])
„ 4, 25	20, 3	27, 16	„ 12, 29	5, 5	19, 4
„ 4, 27	—	27, 11	„ 15, 3	9, 11	18 schol. h.
„ 4, 30	—	27, 9	„ 17, 12	4, 21	16, 23
„ 4, 31	—	27, 10	„ 18, 8(?)	9, 2	18, 13
„ 27, 2	31, 4	38, 17	VI, 2, 18	39, 25	40, 28
„ 28, 1	31, 1	38, 13	„ 18, 1	30, 19	33, 22
„ 29, 1	—	15, 17	„ 20, 3	30, 11	33, 11
„ 42, 1	31, 6	38, 18	„ 20, 17	30, 12	33, 13
III, 28, 18	5, 3	16, 24	„ 22, 1	21, 11	29, 9
„ 34, 2	38, 46	39, 45	„ 22, 8	21, 9	29, 10
„ 34, 3	38, 47	39, 46	„ 23, 21	21, 15	29, 16
„ 34, 8	38, 21	39, 20	„ 36, 3	—	29, 28
„ 34, 13	38, 38	39, 38	„ 36, 8	—	29, 29

[1]) Hiezu das schol. b, welches die Stelle aus dem κώδιξ(?) giebt.

Digitized by Google

Codex	in Proch.	Epan.	Codex	in Proch.	Epan.
VI, 37, 5	35, 6	36, 5	VIII, 50, 13	5, 4	16, 25
„ 37, 7	35, 4	36, 8	IX, 1, 20	39, 41	40, 42
VII, 31, 1	38, 43	39, 42	„ 1, 21	39, 41	40, 42
VIII, 1, 1	38, 20	39, 17	„ 8, 5	39, 10	40, 12
„ 4, 7	39, 49	40, 75	„ 14, 1	39, 85	40, 91[1])
„ 10, 12	38, 4—6. 8—10	39, 2—4. 6—7	„ 46, 10	39, 15	40, 18
			„ 47, 25	39, 38	40, 40
„ 11, 20	38, 34	39, 34			

Auch die Epitome enthält zahlreiche Codexstellen, wie sich aus den Indices fontium meiner Ausgabe in Pars II und VII meines Ius Graeco-Romanum ergiebt: sie stammen zu einem kleineren Theile aus unbekannten Quellen, ohne dass jedoch deren Prüfung neue Aufschlüsse über die alten Bearbeitungen des Codex gewähren. Endlich eine eingehende Untersuchung über die Stellen des Codex, auf welche Stephanus in seinem Digestencommentar verweist, oder der ungenannte Verfasser der *ῥοπαί*, hat mich ebensowenig auf neue Resultate geführt. Dass jener wie dieser den Codex des Thaleläus benutzt, ist allerdings wahrscheinlich; man vergleiche z. B. den Stephanus in Bas. 8, 2, 70 mit dem Index von Cod. 2, 12, 11, oder in Bas. IV p. 191 schol. 6 mit dem Index von Cod. 3, 31, 12, und die *ῥοπαὶ* 38, 8 mit dem Index von Cod. 5, 6, 6. Wenn es aber nicht gelingt, die Art, wie die Redactoren der Basiliken die Arbeit und die Quellen unter sich getheilt haben, näher kennen zu lernen, oder wenn nicht ein günstiges Schicksal die Handschrift No. 106 „Thalelaei epitome et explicatio in imperiales leges“ eines Konstantinopler Katalogs vom J. 1578 wieder auffinden lässt, so wird wol darauf verzichtet werden müssen, über diese und so viele andere Fragen zur vollen Klarheit zu gelangen.

[1]) Wohl nach Ecloga 17, 49.

Digitized by Google

II.

Ueber die Verwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Litteratur der Römer.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Königsberg.

Die Forschungen über die äussere Gestaltung der Schriften des Alterthums haben auch auf die juristische Litteratur der Römer Rücksicht genommen und manche für uns werthvolle Aufklärung gebracht [1]). Es soll hier versucht werden, das für diese Untersuchungen erhaltene Material in grösserer Vollständigkeit zusammenzutragen, als es bisher verwerthet worden.

Die Schriften der römischen Juristen waren für den Rechtsunterricht und die Praxis bestimmt, wurden also regelmässig in grösseren Auflagen herausgegeben. Bis in das dritte Jahrhundert n. Chr. sind die Ausgaben auf Papyrusrollen veranstaltet worden; wenn die Membranae des Neratius wirklich nach dem zur Veröffentlichung benutzten Material benannt worden, so bildeten sie eine vereinzelte Ausnahme [2]). Die

[1]) Vergl. insbesondere Th. Birt das antike Buchwesen im Verhältniss zur Litteratur. 1882.

[2]) Die Vermuthung von Birt S. 93 f., dass Membranae von Neratius als ein bescheidener Titel gewählt worden im Sinne von Notizen (*ὑπομνήματα*), fällt mit seiner Annahme, Pergament sei billigeres Schreibmaterial gewesen als Papyrus und deshalb zu Notizen verwendet worden; vergl. dagegen Friedländer in der Ausgabe des Martial 2 S. 299 f.

Digitized by Google

grösseren Werke zerfielen in mehrere Rollen oder Libri, deren Umfang nicht durch die Willkür des Schriftstellers oder der Herausgeber bestimmt wurde, sondern sich dem für wissenschaftliche Schriften überhaupt üblichen Maass anschloss. Es musste dabei Rücksicht genommen werden auf die Bequemlichkeit der Leser und auf die Haltbarkeit der Rollen. Beides bedingte einen nicht allzu grossen Umfang der letzteren; andererseits hätten wiederum gar zu kleine Rollen die Benutzung grösserer Werke wesentlich erschwert. So stellte sich die Einhaltung eines gewissen Mittelmaasses fest, welches für die Schriften in Prosa zwischen 1500—2500 Zeilen von je etwa 34 Buchstaben geschwankt hat [1]).

Von den selbständig überlieferten Werken der römischen Juristen ist bekanntlich nur eines vollständig genug erhalten, um die für die übrige Litteratur gefundenen Resultate damit vergleichen zu können, die Institutionen von Gaius. Legt man die Veroneser Abschrift derselben zu Grunde [2]), so erhält man als ungefähres Mass für Buch I 1400, für Buch II 1850, für Buch III 1600, für Buch IV 1900 Normalzeilen. Doch ist die Grundlage dieser Berechnung insofern unzulänglich, als in dieser Handschrift vielfach das juristische Abkürzungssystem benutzt ist, und zwar sicher nicht etwa in einer der ursprünglichen Herausgabe des Werkes entsprechenden Weise, sondern offensichtlich nach dem Belieben der Schreiber dieser Handschrift. Dürften wir annehmen, dass die erste Ausgabe abgesehen von den Formeln, welche entsprechend den Abkürzungen in Leges und Edicta mit *Litterae singulares* geschrieben wurden, ohne Benutzung der *Notae iuris* erfolgt wäre, so würden die obigen Zeilenzahlen höchstens um $^1/_7$ zu erhöhen sein [3]) und fielen auch dann noch in die Grenzen des angegebenen Mittelmasses.

---

[1]) Birt S. 307 f.

[2]) Die Lücken der Veroneser Handschrift machen für die Berechnung des vollständigen Werks keine Schwierigkeit.

[3]) So z. B. sind auf Seite 38 des Veronensis ausgeschrieben 848 Buchstaben, durch Abkürzung weggelassen 84, auf S. 90 ausgeschrieben 872, weggelassen 207, auf S. 95 ausgeschrieben 883, weggelassen 112, auf S. 224 ausgeschrieben 923, weggelassen 234. Das Verhältniss der weggelassenen zu den ausgeschriebenen Buchstaben schwankt also

Digitized by Google

Wir sind nun aber für die Bestimmung der Buchgrösse nicht auf die Institutionen von Gaius beschränkt. Die Justinianischen Auszüge aus der klassischen Litteratur, welche im allgemeinen nur winzige Reste der einzelnen Bücher wiedergeben, haben Ulpians Kommentar zum Edikt zur Grundlage genommen und wenigstens einige Bücher desselben so stark benutzt, dass sich dem ursprünglichen Umfang ziemlich nahe kommen lässt. So betragen die Bruchstücke von Buch 71 etwa 36 800 Buchstaben, also 1082 Normalzeilen, von Buch 11 etwa 41 320 Buchstaben = 1215 Zeilen, von Buch 29 etwa 54 930 Buchstaben = 1615 Zeilen, von Buch 1 *ad edictum aedilium curulium* 31 120 Buchstaben = 915 Zeilen. Das 29. Buch, welches in seinem jetzigen Umfange schon dem Mittelmaass der Papyrusrollen entspricht, weist, soweit zu erkennen, nur kleinere Lücken auf[1]).

Dass der Buchabschluss nicht lediglich von der Länge der Papyrusrollen bestimmt wurde, sondern zugleich einen sachlichen Abschluss bildete, verstand sich von selbst. Gerade in den Institutionen von Gajus tritt dies bekanntlich sehr scharf hervor, Buch 1 und 4 erledigen in sich je einen Hauptabschnitt, Buch 2 und 3 umfassen den zweiten Abschnitt so, dass Buch 3 eine Unterabtheilung desselben beginnt. Durch diese sachliche Eintheilung ist das ungleiche Maass der einzelnen Bücher bedingt worden. Aehnliches lässt sich für viele Schriften der klassischen Juristen wahrscheinlich machen, doch ist in einzelnen, namentlich in den grösseren Kommentaren nachweislich nicht immer darauf gehalten, dass die Hauptabschnitte, welche durch mehrere Bücher sich erstreckten, mit einem Buchabschluss zu Ende gehen. Zwar

---

auf diesen Probeseiten zwischen 1 : 10 und 1 : 4. Hätte der Schreiber die Abkürzungen so ausgenutzt, wie manche unserer Gaius-Kritiker in ihren Ergänzungen der noch vorhandenen Lücken voraussetzen, so würde sich das obige Verhältniss umgekehrt haben, die Handschrift hätte aber auch eine für den Leser unleidliche Gestalt angenommen.

[1]) Die Kompilatoren haben einzelne Ediktsätze und sämmtliche Klagformeln, sowie die einleitenden Bemerkungen zum SC. Velleianum weggelassen; ausserdem mögen noch einzelne Auszüge Ulpians aus Julians Digesten gestrichen sein, für welche jetzt die Stellen der letzteren eingeschoben sind.

Digitized by Google

für die Ediktkommentare von Paulus und Ulpian, soweit diese solche *Partes* gebildet haben [1]), trifft letzteres im ganzen zu [2]); folgende *Partes* treten in diesen deutlich heraus:

Einleitung Paulus 1—16 Ulpian 1—14.
De iudiciis Paulus 17—27 Ulpian 15—25.
De rebus creditis Paulus 28—34 Ulpian 26—32.
De re uxoria Paulus 35—37 Ulpian 33. 34.
De tutelis Paulus 38 Ulpian 35. 36.
De furtis und *De operis libertorum* Paulus 39 Ulpian 37. 38.
De bonorum possessionibus Paulus 41—44 Ulpian 39—49.
De testamentis Paulus 45. 46 Ulpian 50.
Exekution Paulus 56—62 Ulpian 58—66.
De interdictis Paulus 63—68 Ulpian 67—73.
De exceptionibus Paulus 69—71 Ulpian 74—76.
De stipulationibus Paulus 72—78 Ulpian 77—81.

Dagegen in den *libri ex Sabino* oder *ad Sabinum* von Pomponius, Paulus und Ulpian beginnen und schliessen die Hauptabtheilungen bald mit den Büchern, bald innerhalb derselben [3]).

Mehrere der klassischen Schriften haben sich einen weiteren Leserkreis auf lange Zeit erhalten, trotzdem neue Werke den gleichen Stoff unter Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen Rechtsänderungen behandelten. Die letztern, sowie die Aussprüche der späteren Juristen über dieselben Rechtsfragen mögen wohl hauptsächlich den Anlass dazu gegeben

---

[1]) Ueber *Partes* im allgemeinen vergl. Birt S. 34 f.

[2]) So zum Theil schon in den Digesta von Celsus und noch mehr in denen Julians: Einleitung B. 1—4, *Iurisdictio* B. 5—22, *Bonorum possessio* B. 23—28, Testament B. 29—31, Legate B. 32—38, Fideikommisse B. 39. 40, Interdikte B. 48. 49, Exceptionen B. 50. 51, Stipulationen B. 52—58; abgewichen ist in B. 58, wo die Iniuriae mit dem Anfang der Exekution verbunden sind.

[3]) So beginnen inmitten eines Buchs: Legat bei Paulus 3, Dos bei Pomponius 14 Paulus 6, Tutel bei Pomponius 16 Ulpian 36, Furtum bei Pomponius 17 Ulpian 40, Stipulation bei Paulus 11 Ulpian 45, es schliessen inmitten eines Buchs Legat bei Pomponius 8 Paulus 5, Dos bei Pomponius 16.

Digitized by Google

haben, dass bei Erschöpfung der ersten Auflagen eine Neubearbeitung Platz griff. Eine solche vom Verfasser selbst vorgenommene Umarbeitung wird uns von Ulpians libri ad Sabinum berichtet [1]). Ausserdem kennen wir eine Reihe neuer durch jüngere Juristen veranstalteter Ausgaben, welche sich entweder auf Notae mit kritischen Bemerkungen und Nachträgen beschränkten oder auch nur einen Auszug des ursprünglichen Werkes veröffentlichten.

Zur ersteren Gruppe gehören:

Labeo's Posteriores mit Notae von Proculus und Aristo.
Sabinus Ius civile (?) und ad Vitellium mit Notae von Aristo.
Cassius Ius civile mit Notae von Aristo.
Julians Digesten mit Notae von Marcellus, Scävola, Paulus.
Pomponius Regulae mit Notae von Marcellus.
Marcellus Digesten mit Notae von Scävola und Ulpian.
Scävola's Digesten mit Notae von Claudius.
Scävola's Responsa mit Notae von Claudius und Paulus.
Papinians Quaestiones mit Notae von Paulus.
Papinians Responsa mit Notae von Paulus und Ulpian.
Papinians lib. sing. de adulteriis mit Notae von Marcian.

Auszugsweise sind veröffentlicht:

Alfenus Digesta durch Paulus,
Labeo's Posteriores durch Javolenus,
Labeo's Pithana durch Paulus,
ein Werk von Vitellius durch Sabinus [2]) und Paulus,
ungenannte Werke von Minicius und Urseius durch Julian,
ein Werk von Neratius durch Paulus [3]).

---

[1]) Cod. Iust. praef. III (c. *Cordi*) § 3 a. E.

[2]) Die Nota von Cassius zu Vitellius in Dig. 33, 7, 12 § 27 bezieht sich wohl auf dieses Werk, nicht auf das Original.

[3]) Eine Umgestaltung des Textes enthalten schon solche Werke, wie Javolenus ex Posterioribus Labeonis und ex Cassio, die Werke ex Q. Mucio oder ad Q. Mucium, Paulus ad Vitellium, wohl auch die Werke ex Plautio oder ad Plautium (wenigstens Pomponius ex Plautio); die libri ex Sabino oder ad Sabinum sind selbständige Werke, welche nur das System des Sabinus zu Grunde legen.

Digitized by Google

Die Papyrusrollen sind allmählich durch die Pergamenthandschriften aus dem Gebrauch verdrängt worden, und zwar hat der Uebergang zu Veröffentlichungen in Pergamentcodices bei den juristischen Schriften früher stattgefunden als bei den meisten übrigen Gattungen von Schriftwerken; bei jenen fällt er schon in das 3. Jahrhundert n. Chr. Ulpian setzt noch als das gewöhnliche Buch die Rolle, das *volumen,* voraus [1]), bei der er neben Papyrus auch Verwendung von Pergament und Lindenbast erwähnt [2]); Rollen von Pergament und Bast haben aber zweifellos eine seltene Ausnahme gebildet. Dass Ulpian die Frage aufwirft, ob auch Codices von Pergament, Papyrus oder sonstigem Material unter dem Vermächtniss von libri einbegriffen seien, zeigt klar, dass diese für Schriftwerke nur selten zur Verwendung kamen [3]). Andererseits bemerkt schon Paulus [4]), dass ein Legat von libri nicht lediglich auf eine entsprechende Anzahl von Papyrusrollen gehe, sondern überhaupt nach dem feststehenden Abschluss der Schriftwerke bemessen werde; darin liegt also, dass, wenn die im Nachlass befindlichen Codices mehrere Bücher umfassten, sie nicht als nur je ein Buch in Anrechnung kämen [5]).

Die ersten Publikationen als Codices, welche wir kennen, sind die Konstitutionensammlungen, welche von dieser Gestalt auch ihre offizielle Bezeichnung entlehnten; als älteste der Codex Gregorianus, welcher unter Diokletian verfasst ist. Für die Form der Herausgabe entschied wohl nicht allein die Haltbarkeit des Pergaments gegenüber dem Papyrus, sondern auch, dass sie Nachschlagewerke waren, deren Benutzung durch die Rollenform wesentlich erschwert worden wäre. In den Codices liess sich ein ungleich grösserer Stoff unter-

---

[1]) Dig. 32, 52 pr. § 1.

[2]) Vergl. Paul. 3, 6, 87 (Note 4).

[3]) Vergl. noch Birt S. 98 f.

[4]) Sent. 3, 6, 87: *Libris legatis tam chartae volumina vel membranae et philyrae continentur: codices quoque debentur; librorum enim appellatione non volumina chartarum, sed scripturae modus qui certo fine concluditur aestimatur.*

[5]) Anders entscheidet Ulpian in Dig. 32, 52 § 1 für den Fall, wo im Nachlass eine Rolle sich findet, welche den ganzen Homer umfasst; diese könne der Erbe dem Legatar, dem 100 Bücher vermacht sind, nicht als 48 Bücher, sondern nur als ein Buch geben.

Digitized by Google

bringen als in den Rollen; die Bezeichnung der einzelnen Sammlung als Codex lässt darauf schliessen, dass das ganze Werk in einen Band zusammengefasst werden sollte [1]). Darum wurde aber die frühere Bucheintheilung in den grösseren Werken nicht aufgegeben, sondern als Unterabtheilung ebenso auf die neueren Werke übernommen, wie sie für die älteren bei der Uebertragung auf Codices nach der früheren Rolleneintheilung festgehalten wurde. Nur insoweit hat die Bucheintheilung eine Umgestaltung erlitten, als die Befreiung von dem Rollenumfang eine grössere Willkür in dem Mass der einzelnen Bücher veranlasst hat. So muss der Codex Hermogenianus, welcher als Monobiblos erschien, weit über das frühere Mittelmaass der Bücher hinausgegangen sein. Beim Theodosianus schwanken die vollständig erhaltenen Bücher zwischen 1500 und 3500 Normalzeilen [2]), ebenso in Justinians Institutionen [3]). In Justinians Digesten finden wir Bücher mit 1127 (Buch 25) bis zu 5480 (Buch 50) solcher Zeilen [4]), im Justinianischen Codex ist das ursprüngliche Mittelmass ganz aufgegeben, die Bücher enthalten 4500 bis 11 700 Normalzeilen [5]).

Aus der Publikation auf Rollen stammen auch die Inhaltsangaben der einzelnen Bücher, die *Indices titulorum*, welche ausserhalb der einzelnen geschlossenen Rolle angebracht waren. In den Codices wurde verständiger Weise aus diesen *Indices* ein Gesammtverzeichniss aller Bücher hergestellt und an den Anfang der Handschrift gesetzt. Gleiche *Indices titulorum* sind den neueren Rechtssammlungen voraufgeschickt

---

[1]) Beim Hermogenianus mag dies keine praktischen Schwierigkeiten gemacht haben; auch der Theodosianus liess sich bei grösserem Format in einen mässig dicken Band bringen; ob auch der Gregorianus, ist nicht sicher zu beantworten.

[2]) Buch 6 = 3100, B. 7 = 2500, B. 8 = 3000, B. 9 u. 16 = 3500, B. 10 = 2000, B. 11 = 4300, B. 12 = 3650, B. 13 = 1750, B. 14 = 1550, B. 15 = 1500. Die in den älteren Handschriften enthaltenen Abkürzungen in den Inscriptionen und Subscriptionen sind bei dieser Berechnung nicht aufgelöst worden; sie können auch in der Original-Ausgabe schon in ähnlicher Weise gestanden haben.

[3]) Buch 1 = 1500, B. 2 = 3100, B. 3 = 2600, B. 4 = 2300.

[4]) So nach der Berechnung von Birt S. 335.

[5]) Die kürzesten Bücher sind 2. 3. 11, das erste ist das längste.

Digitized by Google

worden; doch finden sich in einzelnen Handschriften des Theodosianus, der Lex Romana Wisigothorum und der Justinianischen Rechtsbücher auch noch Indices zu den einzelnen Büchern.

Die Zeilenlänge der früheren Zeit richtete sich zunächst nach dem Format der einzelnen zur Rolle zusammengeklebten Papyrusblätter *(paginae)*, welche der Haltbarkeit wegen nicht über ein gewisses Mass hergestellt wurden[1]. Diese Beschränkung fiel beim Pergament weg, dafür nahm man aber jetzt Rücksicht darauf, dass nicht wie bei einzelnen Inschriften durch die Länge der Zeilen der Uebergang des Lesers von einer Zeile zur anderen und damit die Benutzung der Handschrift überhaupt erschwert werde. Man ging deshalb im allgemeinen nicht weit über das bisher übliche Mass hinaus, oder wählte sogar noch kürzere Zeilen und nutzte, wo nöthig, die Breite des Pergaments dadurch aus, dass man die Seiten in 2 oder mehr Kolumnen eintheilte. Die juristischen Codices in Unzialschrift (etwa 5.—7. Jahrhundert) haben folgende Zeilenmasse. Der alten Normalzeile entsprechen die Neapolitaner Digestenfragmente[2] und die Veroneser Fragmente der Justinianischen Institutionen (34 B.). Ueber dieses Mass gehen hinaus die Veroneser Handschrift von Gajus mit 42 Buchstaben, der Turiner Palimpsest des Theodosianus ebenfalls mit 42 B., die Vatikanische Handschrift von Buch 9 bis 16 des Theodosianus mit 38—39 B. und die Pariser Handschrift von Buch 6—8 des Theodosianus mit 42 B., endlich noch die Vaticana fragmenta mit 57—60 Buchstaben auf der Zeile. Kürzere Zeilen mit Kolumneneintheilung haben die Fragmente *de iudiciis* (15—16 B.), *de iure fisci* (17 B.), die Papiniansfragmente (23—29 B.), der Veroneser Codex Justinianus (27—28 B.) und die Florentiner Digesten (31—32 B.); kurze Zeilen ohne Kolumnenabtheilung finden sich in dem Vatikanischen Palimpsest des Theodosianus (24 B.)[3], in der Münchener Handschrift der Lex Romana Wisigothorum (30 B.) und in den Papyrushandschriften der Ulpianischen Institutionen

---

[1]) Vergl. Birt S. 247 f.

[2]) Digesta ed. Mommsen I additamenta S. 3* f.

[3]) Die dazu gehörigen Turiner Blätter sind verloren.

Digitized by Google

(22 B.), der Sinai-Scholien zu Ulpian (30—31 B.) und der Pommersfeldner Digestenfragmente (30 B.).

Aus dieser Zusammenstellung möchte man schliessen, dass die Normalzeile nur mehr zufällig in einzelnen Codices vorkomme. Dass dies nicht zutrifft, dafür haben wir ein entscheidendes Zeugniss in Justinians Digesten. Sie machten nach Justinians eigenem Bericht etwa 150 000 Zeilen aus[1]), was gegenüber der Zahl der Buchstaben eine Zeilenlänge von durchschnittlich 34 Buchstaben ergiebt[2]). Diese Angabe kann nicht auf ein einzelnes Exemplar bezogen werden, sie setzt voraus, dass die ganze ursprüngliche Ausgabe stichometrisch, also in gleicher Seiten- und Zeilenabtheilung hergestellt wurde. Wir erfahren ferner aus der Bemerkung Justinians[3]), die ausgezogenen Werke der klassischen Juristen hätten zusammen mehr als 3 Millionen Zeilen enthalten, und aus der Subscriptio des *Index auctorum* zu den Digesten, welche die jetzt verlorne genaue Stichenzahl angab, lässt sich schliessen, dass in den Handschriften dieser Werke sich noch ein Vermerk über die Gesammtzeilenzahl fand, wie solche vordem in den Papyrusrollen üblich waren und zum Theil auch in den Codices der nichtjuristischen Litteratur festgehalten wurden[4]). Vielleicht haben sich aber diese Handschriften nicht auf den Vermerk über die Zeilenzahl der Original-Ausgabe beschränkt; die neu gefundenen Sinai-Scholien zu Ulpian ergeben, dass wenigstens die in den Rechtsschulen noch gebrauchten Werke geradezu stichometrisch mit Zeilenzählung geschrieben waren. Der Scholiast setzt dies sowohl bei dem kommentirten Werk selbst als bei den sonst noch angeführten Schriften voraus. Trotzdem das erstere in Titel und Kapitel eingetheilt ist, verweist er in demselben auf 2 Blätter weiter (14, 4), oder lässt 100, 50, 25, 10 Zeilen überspringen (16, 6[5]). 8. 17, 9. 18, 4). Ebenso verweist er in Paulus Responsa auf das

---

[1]) Dig. c. Tanta § 1 (Mommsen S. XXX*).

[2]) Mommsen Vorrede zu den Dig. S. XI N. 2.

[3]) Const. Tanta § 1.

[4]) Birt S. 162 f.

[5]) Die Ergänzung von Zachariä: *ἐν τῷ ε' κεφαλαίῳ μετὰ ρ' ἔπη ἀπὸ το[ῦ τέλους]* ist bedenklich; sie passt nur auf opisthographe Papyrusrollen, wie der Cicero des Asconius (Birt S. 176).

Digitized by Google

2. Blatt vor dem Ende von Buch 8, in Florentins Institutionen auf das 5. Blatt vor dem Ende des 3. Buchs.

Dass die uns erhaltenen Handschriften keine stichometrischen Abschriften sind, folgt aus den Abweichungen vom Normalmaass, aus dem Mangel einer Zeilenzählung, und für die Handschriften des Theodosianus noch aus den Abweichungen derselben unter sich. Die stichometrische Abschrift der Justinianischen Kompilation wird kaum über die erste Auflage hinausgegangen sein. Eine Vorschrift sie einzuhalten war nicht gegeben, ein Bedürfniss dafür bestand auch nicht, da die Eintheilung in Titel und Fragmente oder Konstitutionen, welche dann noch in *θέματα* zerfielen, die Auffindung der Anführungen leicht machte. Dazu kam, dass die Scholien regelmässig mit dem kommentirten Werk verbunden und zu den betreffenden Worten an den Rand gesetzt wurden, so dass eine Anführung nach Textzeilen ganz überflüssig wurde [1]). So finden wir denn auch bei den Kommentatoren des sechsten Jahrhunderts keine Benutzung stichometrischer Eintheilungen.

[1]) Die Verweisungen am Rande der Vaticana fragmenta § 282. 294 auf Seiten der Handschrift gehören nicht zu dem Scholienapparat, sondern sind Zusätze eines Besitzers der Handschrift und beziehen sich nur auf diese selbst.

Digitized by Google

III.

Neue Bemerkungen über die Pistoieser Glosse zum Justinianischen Codex.

Von

Herrn **Avv. Luigi Chiappelli,**

Privatdocenten der Rechte an der K. Universität zu Pisa.*)

Im 2. Hefte der Romanistischen Abtheilung des 7. Bandes dieser Zeitschrift S. 2 ff. (1886) hat Herr Prof. Hermann Fitting die Ausgabe und Besprechung der in der Ueberschrift genannten Glosse in meiner Schrift „La glossa pistoiese al Codice Giustinianeo" (Memorie della R. Accademia di Scienze di Torino. Torino, Loescher, 1885) in eingehender und wohlwollender Weise angezeigt und mich dabei zur Zusammenstellung eines Verzeichnisses der in der Handschrift enthaltenen jüngeren Glossen aufgefordert, um mit grösserer Sicherheit über den geschichtlichen Werth der Glosse und über den Stand der Wissenschaft des römischen Rechtes in den verschiedenen Jahrhunderten des Mittelalters urtheilen zu können.[1])

---

*) Mit dem Auftrage zur Uebersetzung dieser Abhandlung hat mir der Herr Verfasser zugleich die Erlaubniss gegeben, nach Ermessen eigene Zusätze zu machen. Ich habe von dieser Erlaubniss einige Male in den Anmerkungen, jedesmal mit Beifügung meines Namens, Gebrauch gemacht. Fitting.

[1]) Auch in der Kritischen Vierteljahresschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 28, Heft 2, S. 220 ff. (1886) ist über meine Ausgabe der Pistoieser Glosse eine Besprechung von Herrn Prof. Krüger erschienen, welcher mit Recht eine Unterscheidung der verschiedenen Schreiber fordert, von denen die Glossen herrühren. Ich bin auch darin vollkommen mit Herrn Krüger einverstanden, dass es zur Ermöglichung eines gründlichen Urtheils über das Alter der älteren Glossen nothwendig sein würde zu untersuchen, ob sie aus früherer Zeit stammen als die Arbeit der Ergänzung der alten Epitome des Codex. Allein zu dieser Untersuchung wäre zweierlei unerlässlich gewesen. Vor allem die Kenntniss aller epitomirten Handschriften des Codex, wozu ich nicht in der Lage war; meine Arbeit bezweckte nur

Digitized by Google

Diesem sachkundigen Rathe mit lebhaftem Danke folgend, mache ich es mir zur angenehmen Pflicht, den Gelehrten eine chronologische Uebersicht der verschiedenen Glossen vorzulegen, welche in ihrer Gesammtheit die sog. Pistoieser Glosse bilden.

Uebrigens muss ich, bevor ich weiter gehe, sagen, dass ich bei erneuter Prüfung der Pistoieser Codexhandschrift (Archiv des Pistoieser Domcapitels Nr. 66) darin mittels chemischer Reagentien noch andere, ursprünglich nicht lesbare Glossen habe entdecken können. Ich habe in der folgenden Uebersicht diese neuen Glossen zusammengestellt. Sie beziehen sich auf die am Rande der Handschrift eingeschalteten Constitutionen des Codex, Ergänzungen, welche zum Theil von dem ursprünglichen und ältesten Schreiber des Textes, zum Theil von späteren Händen herrühren. Ich veröffentliche diese Glossen nach den von mir bei der Ausgabe der Pistoieser Glosse befolgten Grundsätzen und mit Fort-

einen Beitrag zu einer weitergehenden, von welcher es erwünscht wäre, wenn sie Herr Krüger selbst mit seiner bewährten Sachkunde in Angriff nähme. Zweitens wäre es nothwendig gewesen, den Umfang der gedachten Epitome zu kennen, deren Inhalt Herr Krüger bloss für die vier ersten Bücher des Codex angegeben hat. Das hätte mich aber zu einer neuen Arbeit mit anderen Zwecken geführt. — Herr Krüger macht mir auch einige Missverständnisse des Textes der Glosse zum Vorwurfe. Während ich ihm in einigen Punkten zustimme, muss ich in Ansehung der übrigen sagen, dass meine Ausgabe die Handschrift genau wiedergibt. Uebrigens sind manche der von ihm hervorgehobenen Irrthümer nicht bedeutend genug, um den Text zu trüben, und leicht vom Leser zu verbessern. Nicht wenige davon sind auch Druckfehler, wie die willkürliche Zusammenziehung von Wörtern des Textes in einer Anzahl von Glossen. Andere solche Zusammenziehungen, wenn auch sonderbar, finden sich wirklich in der Pistoieser Handschrift des Codex. Auch ist es nicht genau, wenn er sagt, ich habe angenommen, dass diese Handschrift das Werk eines einzigen Schreibers sei; dies erhellt sowohl aus meiner Ausgabe der Pistoieser Glosse als aus meiner anderen Abhandlung: „Nuovo Esame del manoscritto pistoiese del Codice Giustinianeo. Roma 1885". Ich glaube, dass der Text der Handschrift im ganzen von einem und demselben Schreiber herrührt, aber dass viele Einschaltungen von Constitutionen am Rande und die in die Handschrift eingelegten kleinen Pergamentstreifen von acht anderen Abschreibern herrühren, denen übrigens auch sehr viele Glossen zuzutheilen sind.

Digitized by Google

führung der in dieser Ausgabe auftretenden Zählung, um die bequeme Citirung auch dieser Glossen zu ermöglichen.

Scholien (Scolii).

n°. 926 .... Lib. III. tit. XXXII. const. 26. —
Nota . mora litis .. post contestationem . non (?) po...t s....... p.. d.. e (prodesse?) non potest.[1])

Kritische Glossen (Glosse critiche).

n°. 927 .... Lib. I. tit. LI. const. 14 pr. —.
v. quibus res publica .... alias. cui.[2])

n°. 928 .... Lib. II. tit. IV. const. 5. —. v.
legitimam aetatem .... fecisti.

n°. 929 .... Lib. II. tit. XX. (XIX. ed. Krüger.)
const. 5. — v. vero sciente .... emptore.

n°. 930 .... Lib. II. tit. LII. const. 7 pr. —.
v. crimen (discrimen.) .... discrimen.

n°. 931 .... Lib. III. tit. XXXI. const. 3. —
v. Si + materterae .... hereditas.

n°. 932 .... Lib. IV. tit. XXVII. const. 2 (al. 3)
§ 1. — v. personali .... in.

n°. 933 .... Lib. V. tit. XI. const. 4. —. v.
pactum esse .... petentis.

n°. 934 .... Lib. V. tit. LI. const. 8. —. v. si
is (his) .... his.

n°. 935 .... Lib. V. tit. LI. const. 8. —. v. acceptilatione .... uel nouatione.

n°. 936 .... Lib. VI. tit. LXI. const. 8. § 1 in
f. —. v. restitutionis + minime .. auxilio.

n°. 937 .... Lib. VII. tit. LIII. const. 9. —.
v. Eos .... quos.

---

[1]) Die Schrift dieses Scholion ist sehr schadhaft, so dass die Farbe der Tinte verschwunden und die Glosse auf dem Pergamente kaum sichtbar ist.

[2]) Zufolge Druckfehlers ist in meiner Angabe des Inhaltes der Pistoieser Codexhandschrift (Nuovo Esame del manoscritto pistoiese p. 9) die Const. 14 tit. 51, welche in der Handschrift steht, ausgelassen.

Digitized by Google

Erklärende Glossen (Glosse interpretative).

n°. 938	.... Lib. II. tit. LII. const. 7. § 2. —. v. aenumeratae . .	si propter officium.
n°. 939	.... Lib. III. tit. VIII. const. 2. —. v. si de ea re	scilicet . de genere.
n°. 940	.... Lib. IV. tit. I. const. 5. —. v. efficiet	praeses.
n°. 941	.... Lib. IV. tit. VI. const. 7. —. v. leuitati	scilicet . fallatiae.
n°. 942	.... Lib. IV. tit. XXVI. const. 10 in f. —. v. mobiles ementes	de seruo.
n°. 943	.... Lib. IV. tit. XXIX. const. 2. —. v. intercessionibus . .	id est. obligationibus.
n°. 944	.... Lib. IV. tit. XXIX. const. 2. —. v. ab eo	scilicet . creditore.

In Ansehung dieser neuen Glossen können die Bemerkungen wiederholt werden, welche ich bereits in der Ausgabe der Pistoieser Glosse gemacht habe, da die kennzeichnenden Eigenschaften der letzteren auch bei ihnen anzutreffen sind. Daher gehe ich hierüber kurz hinweg und wende mich zum hauptsächlichsten Gegenstande dieser Arbeit.

Um über die Zeit, zu welcher die verschiedenen Glossen verfasst worden sind, mit Sicherheit zu urtheilen, genügt es meines Erachtens nicht, genau zu unterscheiden, was jedem der Schreiber und Bearbeiter der Pistoieser Handschrift zuzutheilen ist; man muss auch die Glossen, welche sich auf den alten Kern des Textes dieser Handschrift beziehen, von denjenigen unterscheiden, welche zu den später am Rande behufs der Ergänzung des epitomirten Codex eingeschalteten Constitutionen gehören. Dies verschafft natürlich Licht über die ursprüngliche Ausdehnung der Glosse.

Welches sind nun die Glossen, welche sich ausschliesslich auf die ursprüngliche Epitome des Codex beziehen und mithin älter sind als die Arbeit jener Ergänzung des Textes? In der Pistoieser Glosse zeigen sich einige Scholien mit Bestimmtheit als ursprüngliche, die kritische Arbeit der Vervollständigung der alten Epitome an Alter übertreffende Erläuterungen; daneben treten aber auch viele Glossen auf,

Digitized by Google

welche gleichen Alters mit dieser Arbeit oder jünger sind. Eine genaue Unterscheidung der ursprünglichen, auf die Bestandtheile der alten Epitome selbst sich beziehenden Glossen ist sehr schwierig und würde eine weitschichtige Arbeit erheischen, welche die Grenzen unserer Aufgabe überschreiten würde; es würde nämlich nothwendig sein, die Wiederherstellung der ursprünglichen Form der Epitome des Codex vollständig durchzuführen, wie sie für die vier ersten Bücher bereits von Krüger geschehen ist[1]). Wenn ich mich demnach auf dieses schwierige, gereiftere Kraft und Erfahrung erfordernde Unternehmen nicht einlassen kann, so halte ich es doch für sicher, dass die Unterscheidung der Glossen zum Texte von denjenigen zu den eingeschalteten Constitutionen für die angedeutete Untersuchung ein nützliches Hülfsmittel sein wird. Man beachte dabei immer, dass diese Zusätze zu dem epitomirten Codex am Rande theils von dem Schreiber des ursprünglichen Textes selbst gemacht sind, theils von späteren Schreibern bis zum 12. Jahrhundert. Im folgenden sind die Glossen zu den auf den Rand unserer Handschrift geschriebenen Constitutionen zusammengestellt:

Nr. 26. 182. 201. 222. 284. 413. 571. 647. 648. 649. 669. 670. 671. 747. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944.

Unterwirft man nun die sämmtlichen in der Pistoieser Codexhandschrift enthaltenen Glossen einer aufmerksamen Prüfung, so wird man zu dem Schlusse geführt, dass abgesehen von dem ursprünglichen Grundstocke derselben, welcher ohne Vergleich umfangreicher als die nachträglichen Zuthaten ist, sich darin Glossen finden, welche immerhin auch noch dem 10. Jahrhundert angehören, aber von zwei neuen Händen geschrieben sind. Sodann finden sich Glossen, deren Alter ungewiss bleibt und zwischen dem 10. und 11. Jahrhundert schwankt. Andere Glossen, und zwar recht zahlreiche, ge-

---

[1]) Codex Justinianus recens. P. Krüger. Berol. 1877. App. II. p. * 58. In Ansehung des Anfangs des fünften Buches der Epitome s. Krüger, Ueber d. Epit. u. d. Subscript. im vierten Buch d. Just. Cod. (Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 25).

Digitized by Google

hören zweifellos dem 11. Jahrhundert an. Hienach unterbreiten wir, mit Ausschluss der von dem ursprünglichen Schreiber herrührenden Glossen, der Aufmerksamkeit derjenigen, welche für dieses alte Rechtsdenkmal ein Interesse haben, in dem nachstehenden dreifachen Verzeichnisse die Glossen in chronologischer Uebersicht.

Glossen des 10. Jahrhunderts (Spätere Hände).

Nr. 135. 220. 251. 261. 268. 274. 275. 323. 368. 381. 398. 407. 428. 438. 484. 485. 543. 544. 545. 647. 648. 649. 683. 684. 705. 706. 775. 776. 831. 834. 835. 836. 897. 932. 936.

Glossen ungewissen Alters (10. oder 11. Jahrhundert).

Nr. 20. 26. 34. 85. 104. 183. 184. 185. 186. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 196. 199. 200. 203. 207. 210. 217. 219. 221. 222. 223. 227. 237. 669. 670. 671. 674. 679. 680. 681. 682. 685. 792. 798. 927. 930. 938.

Glossen des 11. Jahrhunderts.

Nr. 9. 11. 15. 16. 19. 27. 29. 30. 31. 32. 35. 46. 47. 48. 51. 52. 75. 78. 83. 86. 87. 92. 94. 100. 105. 106. 125. 126. 128. 129. 130. 136. 137. 142. 143. 144. 145. 148. 155. 157. 158. 160. 161. 162. 165. 173. 174. 175. 176. 178. 181. 182. 213. 218. 224. 229. 230. 232. 233. 234. 235. 236. 238. 239. 240. 241. 242. 245. 257. 260. 265. 273. 278. 284. 303. 312. 313. 340. 365. 366. 369. 383. 414. 422. 446. 461. 463. 464. 477. 482. 491. 504. 508. 533. 539. 565. 569. 571. 577. 578. 597. 613. 619. 627. 630. 645. 650. 658. 659. 662. 693. 786. 840. 841. 851. 852. 857. 859. 865. 888. 894. 931. 937. 939.[1])

---

[1]) Bereits Fitting in der Eingangs erwähnten Anzeige S. 12 hatte die Vermuthung ausgesprochen, dass die Glossen 16, 19, 20, 34, 56, 100, 775, 776, 792, 798, 897 nicht zu dem ursprünglichen Glossenbestande gehören möchten. Die in dieser Reihe von Fitting genannte Glosse 56 stammt jedoch von dem ursprünglichen Schreiber des Textes.

Digitized by Google

Ausser den in diese Klassen eingereihten und den zu dem alten Grundstocke gehörenden Glossen sind auf den beiden ersten Seiten der Handschrift die Spuren von vier jetzt unentzifferbaren, mit grünlicher Tinte geschriebenen Glossen bemerkbar, welche den const. 1 und 4 tit. I. und der const. 1 tit. II. des ersten Buches beigesetzt sind. Soweit die wenigen lesbaren Buchstaben, die Farbe der Tinte und die Gestalt der Schrift einen Schluss gestatten, haben diese Glossen den nämlichen Urheber wie einige Glossen zu dem Texte des alten Statutes von Pistoia. Die Handschrift desselben wird ebenfalls in dem Archiv des Domcapitels zu Pistoia aufbewahrt und ist mit Nr. 40 bezeichnet. Dieses Statut wird schon von den alten Geschichtschreibern von Pistoia[1]), dann von Zaccaria, Muratori und Berlan[2]), welche es nach einander veröffentlicht haben, dem Jahr 1107 oder allerspätestens dem Jahr 1117 zugewiesen. Diese Meinung stützte sich auf die folgende Lesung der Ueberschrift des Statutes:

> „In nomine sancte et indiuidue trinitatis. Amen. Anno ab eius natiuitate. millesimo. centesimo. septimo. Indictione. XI. VI. Kal. Decembris. Ad honorem dei et domini Henrici Romanorum imperatoris.“

In einer Arbeit, welche soeben im Archivio Storico Italiano veröffentlicht wird, haben wir diese Lesung auf Grund einer genauen Untersuchung der Handschrift folgendermassen verbessert:

> „In nomine sancte et indiuidue trinitatis. Amen. Anno ab eius natiuitate. millesimo. centesimo. septimo. Indictione XI. VI. Kal. Decembris. Ad honorem dei et domini frederici Romanorum imperatoris.“

Auch Schlüsse aus dem Inhalte des Statutes, worin Ereignisse aus der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts erwähnt

---

[1]) Salvi — Historie di Pistoia. 1656. v. 1. p. 58. Fioravanti — Memorie storiche della città di Pistoia. 1758. p. 167, e seg.

[2]) Zaccaria — Anecdota Medii Aevi. p. 217. — Muratori — Antiq. Stat. Med. Aevi. v. 4. col. 527. — Berlan — Studi storico critici sugli Statuti Pistoiesi. Pistoia. 1874. Prefaz. — Berlan — Statuti di Pistoia del secolo XII. Bologna. 1882. p. 143. — Sclopis — Storia della legislazione italiana. Parigi. 1861. v. 2. cap. V. Pertile — Storia del diritto italiano. v. 2. p. 2. pag. 658, e seg.


Digitized by Google

sind, führen uns zu der Annahme, dass nicht die Angabe der Indiction auf Irrthum beruht, sondern dass aus Unachtsamkeit des Abschreibers das Wort „septuagesimo“ bei der Angabe der Jahreszahl ausgelassen ist. Wir sind demnach zu der Folgerung gelangt, dass dieses Statut dem Jahr 1177 angehört, dass die späteren Abänderungen desselben bis 1183 herabreichen, und dass ihre Glossen in den letzten Jahren des 12. Jahrhunderts verfasst sind.[1])

Dieses Ergebniss ist auch für die gegenwärtige Untersuchung von Nutzen, weil es die Annahme begründet, dass die Pistoieser Handschrift des Codex mehrere Jahrhunderte hindurch der Gegenstand des Studiums gewesen ist, und dass ihre Glossen einen Zeitraum umfassen, welcher sich mindestens vom 10. bis zum 13. Jahrhundert erstreckt. Sie schliesst also eine wahre Geschichte des Betriebes des römischen Rechtes während einer langen Zeit des Mittelalters in sich ein, und auch hierin berührt sie sich mit der alten Turiner Institutionenglosse. Auch aus dieser Thatsache, dass unser Glossenwerk vom frühesten Mittelalter bis zu der glorreichen Zeit der Bologneser Schule herabgeht, darf man mit Sicherheit schliessen, dass die wissenschaftliche Arbeit dieser beiden Zeitalter durch ein inniges Band verknüpft ist, was bis jetzt zu den dunkelsten Punkten der Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter gehört. Die leicht zu vermuthende ununterbrochene Fortdauer der wissenschaftlichen Ueberlieferung erhält so eine nicht werthlose Bestätigung. Dabei ist auch der Umstand bemerkenswerth, dass die Darmstädter Handschrift Nr. 2000, welche, wie wir in der Ausgabe der Pistoieser Glosse gezeigt haben, die letztere zu einem grossen Theil enthält, durch einander sowohl Glossen des ältesten Grundstockes aufweist, als solche, welche dem 11. Jahrhundert angehören. Das nämliche lässt sich auch von der Pariser

---

[1]) Chiappelli, Età degli antichissimi Statuti di Pistoia. (Estr. dall' Archivio Storico Italiano.) Man findet in dieser Abhandlung die nähere Begründung der Behauptung, dass dieses Statut während der Regierung des Kaisers Friedrich Barbarossa, und gerade im Jahr 1177 erlassen ist. Das letzte in der Handschrift enthaltene Statut ist von 1183 datirt.

Digitized by Google

Handschrift Nr. 4516 sagen im Hinblick auf das, was Krüger in der (S. 86 Anm. 1) gedachten Besprechung berichtet.

Ist es sonach richtig, dass, wie wir vorhin gesagt haben, unser Glossenwerk, zu dessen Bildung Männer aus mehreren Jahrhunderten beigetragen haben, eine Geschichte des Betriebes des römischen Rechtes während eines langen Zeitraumes des Mittelalters einschliesst, so ist es nothwendig, nach der Eintheilung sämmtlicher Glossen in zeitliche Gruppen die hervorstechendsten Merkmale einer jeden dieser Gruppen zu untersuchen. Zufolge dieser Untersuchung wird es möglich, bis zu einem gewissen Grade das Mass der Bildung der verschiedenen Glossenverfasser sowie des Zeitalters, welchem jeder von ihnen angehörte, zu unterscheiden.

Es ist jetzt durch meine Ausgabe der Pistoieser Glosse und durch die bisherigen Erörterungen gewiss, dass der Hauptbestand der in ihr enthaltenen einzelnen Glossen dem ursprünglichen Schreiber der Pistoieser Codexhandschrift zugeschrieben werden muss. In den Glossen dieser ersten Klasse, welche im 10. Jahrhundert abgeschrieben worden sind, aber — wenigstens zu einem grossen Theil — sowohl nach Fitting's als nach meiner Ansicht aus einer noch weit früheren Zeit herstammen, herrschen die Scholien vor, welche die in den einzelnen Gesetzesstellen enthaltenen allgemeineren Regeln aufzuweisen bestimmt sind und als Vorläufer der späteren Brocarda erscheinen. Mit Ausnahme des Schol. 926 sind sie den Constitutionen beigesetzt, welche den Grundstock der Handschrift ausmachen, und nicht den am Rande eingeschalteten. Auch treten unter ihnen in grosser Zahl die grammatikalischen Glossen auf, welche es bestätigen, dass das Rechtsstudium in jenen frühen Zeiten in den Schulen betrieben wurde, in denen man Grammatik, Dialektik und Rhetorik lehrte. Nicht minder kommen darunter zahlreiche textkritische Glossen vor. Quellen dieser ältesten Glossengruppe sind der Codex selbst mit Ausnahme der letzten drei Bücher, und die Epitome Juliani (gl. 97, 856). Die Form anlangend, verdienen Beachtung die Ausdrücke: „capitula“ im Sinn von Gesetzen[1]), „corrumpi“ zur Bezeichnung von Aenderungen

[1]) Dieser Ausdruck findet sich in der Glosse 82 und ist bekanntermassen den Juristen zu Pavia und der juristischen Literatur des


Digitized by Google

von Gesetzen[1]), „interesse" als Substantivum[2]) und „placitum" in der Bedeutung von iudicium[3]): vier Ausdrücke, welche zwischen diesen Glossen und anderen Arbeiten späterer Jahrhunderte, besonders des 11. Jahrhunderts, eine Beziehung herstellen. Uebrigens weist diese erste Masse von Glossen ein hohes Alter auf.

---

11. Jahrhunderts eigen. Fitting sagt in der Eingangs genannten Anzeige S. 6, diese Citirform sei von der Bologneser Schule nicht gebraucht worden; dagegen beziehe ich mich aber, um nicht von anderen Beispielen zu reden, auf die glossa 1 von Irnerius, welche ich in folgender Schrift herausgegeben habe: „Chiappelli, Glosse d' Irnerio e della sua scuola". (Mem. della R. Accademia dei Lincei. Roma. 1886. p. 20.)

[Der letzten Bemerkung dürfte doch wohl ein Missverständniss zu Grunde liegen. Meine Behauptung an dem von Chiappelli angeführten Orte bezog sich bloss auf Citate von Stellen des Codex, und wenn ich auch anderwärts dieselbe Behauptung wohl in allgemeinerer Weise gemacht habe, so waren doch in der That überall nur Citate aus dem Codex und den Digesten gemeint. Vergl. meine Ausgabe der Glosse zu den Exceptiones L. R. des Petrus S. 20. Dass aber die Stellen des Codex und der Digesten von der Bologneser Schule nirgends als „capitula", sondern überall als „leges" citirt werden, wird durch die von Chiappelli veröffentlichten Glossen des Irnerius und seiner Nachfolger nicht widerlegt, sondern vollauf bestätigt. In der Glosse des Irnerius, worauf sich Chiappelli beruft, und ebenso in der glo. 27 des Placentinus, welche er in seiner oben von ihm genannten Schrift S. 14 ebenfalls als Beleg für den Gebrauch des Ausdruckes „capitula" in Citaten der Glossatorenschule nennt, handelt es sich um Verweisungen nicht auf den Codex oder die Digesten, sondern auf Capitel von Novellen, und zwar in der Glosse des Irnerius nicht, wie Chiappelli meint, um ein falsch bezeichnetes Citat des cap. 25 der Nov. 22 nach dem Authenticum, sondern, was sehr bemerkenswerth, um das ganz richtige Citat der Rubrik des cap. 31 der dieser Novelle entsprechenden const. XXXVI. der Epitome Iuliani. Dass diese Capitel so, wie im Gesetzestexte selbst und demzufolge in Citaten aus heutiger Zeit, auch in Citaten der Bologneser Schule als „capitula" auftreten, hat doch gewiss nichts auffallendes und ist schwerlich geeignet, gegen meine hier zur Frage stehende Behauptung einen Gegenbeweis zu liefern. Fitting.]

[1]) Siehe die Glossen 97, 856. Fitting in der erwähnten Anzeige weist auf die verwandte Form „rumpi" in der Expositio zum Liber Papiensis hin; es ist darin aber auch geradezu der Ausdruck „corrumpi" in der nämlichen Bedeutung anzutreffen. Siehe Expos. ad Rothar. 141 § 3, 163 § 1.

[2]) Siehe Glosse 80.

[3]) Siehe Glosse 725.

Digitized by Google

Die zweite Masse, von zwei späteren Schreibern des 10. Jahrhunderts herrührend, enthält wenige Scholien und viele kritische Glossen. Die grammatikalische Erläuterung zeigt die Neigung zu verschwinden, und diejenigen, welche sich mit dem Codex beschäftigen, fühlen lebhaft das Bedürfniss, den Gesetzestext zu ergänzen und zu verbessern, sowie sich andere Quellen zu Nutze zu machen. In der That finden sich in diesen Glossen die Spuren der Benutzung der Institutionen [1]) und der Werke Isidor's für die Definition von invasio [2]).

Zwischen dieser zweiten Gruppe und der dritten haben wir eine Anzahl von Glossen aus ungewisser, zwischen dem 10. und dem 11. Jahrhundert schwankender Zeit unterschieden. Darunter sind zweie von höchster Bedeutung, nämlich die Glossen 20 und 792, in welchen der Einfluss der Digesten zu bemerken ist; doch ist es sicher, dass die hier von dem Verfasser der Glossen bekundete Kenntniss der Digesten keine unmittelbare ist.[3]) Dagegen sind nichtjuristische Quellen benutzt: die Werke Alcuin's für die Definition von narratio [4]) und diejenigen Isidor's für die Definition von chirographum [5]). Diese Definitionen verknüpfen die gedachten Glossen mit dem Literaturkreise der Exceptiones des Petrus, der Epitome Exactis regibus und des Libellus de Verbis legalibus. Auch die, wenngleich nur mittelbare, Benutzung der Digesten befestigt die Ansicht, dass diese Glossen entweder dem Ende des 10. oder dem Anfange des 11. Jahrhunderts angehören.

---

[1]) Siehe Glossen 775, 776.

[2]) Siehe Glosse 897.

[3]) [Ich kann mich den Ausführungen Chiappelli's hier nicht überall anschliessen. Glosse 20 ist wörtlich aus Isidor (Orig. V, 26) entnommen und kann daher meines Erachtens zur Beantwortung der Frage, ob dem Urheber die Digesten bekannt waren, überhaupt nichts beitragen. Dagegen gibt Glosse 792 die erste Hälfte der L. 6 Dig. de reb. cred. 12, 1 so wörtlich wieder, dass es doch allermindestens zweifelhaft sein kann, ob sie nicht unmittelbar aus den Digesten geschöpft sei. Fitting.]

[4]) Siehe Glosse 34. [Hier könnte aber auch unmittelbar aus Cicero (De invent. I. c. 19) geschöpft sein. Fitting.]

[5]) Siehe Glosse 798.

Digitized by Google

In der dritten Gruppe von Glossen, welche ich dem 11. Jahrhundert zuschreibe, sind nicht wenige Scholien und textkritische Glossen enthalten. Man begegnet auch noch den Spuren der grammatikalischen Erläuterung, aber nur als letzten Ausläufern einer alten, ihrem Erlöschen nahen Ueberlieferung. Dasjenige, was die hauptsächlichste Eigenthümlichkeit dieser Masse von Glossen ausmacht, gibt eine Bestätigung dessen, was wir in Ansehung ihres Alters gesagt haben. In diesen Glossen ist nämlich besonders bemerkenswerth die Menge der Definitionen, welche ein charakteristischer Zug der juristischen Literatur des 11. Jahrhunderts ist. Ein Theil dieser Definitionen ist aus Isidor genommen[1]), ein anderer Theil findet sich mit geringen Abweichungen in anderen gleichzeitigen[2]) oder wenig späteren Schriften wieder, wie in den Exceptiones des Petrus und ihrer Glosse, im Libellus de Verbis legalibus, im Liber iuris Florentinus, im Brachylogus und in der Kölner Institutionenglosse. Die Hülfsquellen dieser Glossengruppe sind eine lateinische Uebersetzung der griechischen const. 4 Cod. VI, 4[3]) und die Werke des Isidor; auch in ihr begegnet man dem mittelbaren Einflusse der Digesten[4]). In Ansehung der Form bemerken wir, dass auch hier der Ausdruck „capitula" im Sinn von „leges" wiederkehrt[5]), und dass in dieser Glossengruppe nicht selten am Anfange der Glossen die Wörter „alias", „id est" und „scilicet" fehlen, welche sich in den älteren Glossen gewöhnlich finden[6]).

Aus den vorstehenden Erörterungen geht, wie uns scheint, die Wahrheit unseres oben aufgestellten Satzes hervor, dass die Pistoieser Glossen nach ihrer Zeitfolge zusammengeordnet,

---

[1]) Glosse 16: Definition von metallum; Glosse 100: Definition von lex satura.

[2]) Glosse 16; Glosse 19: Definitionen von metus und vis.

[3]) Glosse 94.

[4]) Glosse 19. [Hier scheint mir der unmittelbare Einfluss der Digesten (L. 1, 2, 3 § 1 D. quod met. c. 4, 2) ganz unverkennbar. Fitting.]

[5]) Glosse 11.

[6]) Siehe die Glossen 100, 148, 155, 165, 173, 175, 176, 233, 238, 239, 240, 245, 260, 265, 284, 303, 313, 369, 446, 463, 482, 571, 597, 627, 658, 659, 865, 888, 931, 937.

Digitized by Google

in gleicher Weise wie die Turiner Institutionenglosse einen wichtigen Beitrag liefern zur Geschichte nicht nur der Erläuterung der Quellen, sondern überhaupt des Betriebes des römischen Rechtes während mehrerer Jahrhunderte des Mittelalters. Es zeigt sich, wie man von roh-ursprünglichen und alterthümlichen stufenweise zu mannigfaltigeren und ausgebildeteren Formen gelangt, wie allmählich der Gesichtskreis der Bearbeiter sich erweitert und neue Quellen von ihnen herangezogen werden.

Um zum Schlusse das Gesammtergebniss kurz zusammenzufassen, so umschliesst die Pistoieser Glosse eine Erläuterungsarbeit, welche, beginnend vor dem 10. und vielleicht sogar Fitting's Meinung gemäss vor dem 9. Jahrhundert[1]), bis zum 13. Jahrhundert, in die glorreiche Zeit der Glossatoren fortgesetzt wird. Während sie auf der einen Seite mit der Rechtswissenschaft des Alterthums zusammenhängt und daher zu der Turiner Glosse und den Scholien der Epitome Iuliani Beziehungen hat, steht sie auf der anderen auch mit der juristischen Literatur des 10., 11. und 12. Jahrhunderts in Verknüpfung, besonders mit dem Brachylogus, mit den Exceptiones des Petrus und ihrer Glosse, mit dem Libellus de Verbis legalibus und anderen alten Schriften, und erstreckt ihren Einfluss bis auf die Glosse des Accursius. Dass die Pistoieser Glosse wahren wissenschaftlichen Werth gehabt hat, zeigen auch die schon erwähnten Handschriften zu Darmstadt und zu Paris, worin sie zu einem Theil wiederkehrt, die eine dem 11., die andere dem 12. Jahrhundert angehörig. Sie weist alte Ueberlieferungen auf in den Scholien, in der Benutzung der lateinischen Uebersetzung der const. 4 Cod. VI, 4 mit Citaten in der Form des Alterthums, endlich in der Beschaffenheit und der Fassung der Glossen; sie zeigt hinwieder Beziehungen zu der neuen Rechtsliteratur in den zahlreichen Definitionen, in der Benutzung der Digesten und der Werke des Isidor, in neuen Formen von Glossen und im Gebrauche einiger Ausdrücke, welche sich besonders in den Schriften nach 1000 finden. So ist sie ein neues Verbindungsglied zwischen dem früheren und dem späteren Mittelalter, ein

---

[1]) Vergl. Fitting in der mehrgedachten Anzeige S. 11.

Digitized by Google

gewichtiger Beweis, dass in jenem Zeitalter die wissenschaftliche Ueberlieferung des römischen Rechtes niemals erloschen ist.

Pistoia, im Dezember 1886.

IV.

Replik in Sachen des linum testamenti incisum.

Von

Herrn Geheimerat Professor **Dr. Schirmer**

in Königsberg.

Die von mir in der ersten Abhandlung des siebenten Bandes dieser Zeitschrift gegen die fortdauernde civile Gültigkeit des Testamentes, dessen schliessendes Band durchschnitten ist, entwickelten Bedenken hat Krüger ebendaselbst Heft 3, p. 91—93 als völlig unberechtigt und hinfällig darzustellen versucht. Es mag mir vergönnt sein, hier kurz auseinanderzusetzen, weshalb seine Gründe mich in keiner Weise überzeugt haben.

Gegenüber dem Hinweis auf die Fragstellung in L. 20 D. de iniust. 28. 3. und das dadurch nahe gelegte argumentum a contrario, wonach bei nicht vorhandenem Wahnsinn des Erblassers auf eine abweichende Entscheidung des Juristen zu schliessen wäre, stellt Krüger die Behauptung auf, Scävola habe unverkennbar in seinen Digesten die Anfragen, abgesehen etwa von stilistischen Abweichungen, genau so geben wollen, wie sie ihm gestellt worden, und beschränke sich in den Antworten streng auf das ihm unterbreitete Material; die Entscheidung gebe er ohne Beifügung der Gründe und überlasse es den Lesern sich dieselben zurecht zu legen. Der erste Theil dieser Behauptung die unveränderte Widergabe der Anfragen betreffend, ist einmal, da diese im Original

Digitized by Google

nicht vorliegen, absolut unbeweisbar, dann aber auch im höchsten Masse unwahrscheinlich; schon deshalb, weil dabei durchweg schriftliche Anfragen vorausgesetzt werden, während sicherlich ein grosser Theil dieser Konsultationen bloss mündlich erledigt wurde. Durch die Vergleichung der aus den Digesten und Responsen in Justinians Pandekten doppelt aufgenommenen Fälle können wir uns ferner wenigstens einiger Massen anschaulich machen, wie Scävola bei diesem Theile seiner schriftstellerischen Thätigkeit vorgegangen ist. So finden wir in L. 78 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1 und L. 89 § 3 D. de leg. II 31. dieselbe testamentarische Bestimmung wörtlich angeführt, und gerade dabei sollte man doch am ersten eine exacte Wiedergabe der Anfrage erwarten; nichts desto weniger weichen beide Texte von einander ab, jeder enthält einen Passus der in dem anderen fehlt; der Inhalt von Frage und Antwort wird in den Responsen vollständiger mitgetheilt als in den Digesten[1]. Aehnlich wird in der den Responsen entlehnten L. 54 D. pecul. 15. 1. die in der entsprechenden Digestenstelle (L. 58 D. eod.) fehlende, übrigens an sich ziemlich gleichgültige Angabe hinzugefügt, dass der betreffende Prälegatar filius familias war. In den übrigen Doppelstellen (L. 11 D. de distr. pign. 20. 5 = L. 14 D. eod.; L. 93 pr. D. de leg. III 32 = L. 38 § 4 D. eod.; L. 93 § 1 D. eod. = L. 28 § 13. 14 D. de lib. leg. 34. 3; L. 28 D. quando dies leg. 36. 2 = L. 28 D. de instruct. 33. 7; L. 24 pr. D. de appell. 49. 1 = L. 64 D. de re iud. 42. 1; L. 44 D. de pact. 2. 14 = L. 59 D. de adm. tut. 26. 7) bieten die Responsen in Thatbestand und Frage, theilweise selbst in der Antwort, einen sich zwar eng an die Digesten anlehnenden, aber doch verkürzten, und von dem individuellen Falle möglichst absehenden Text. Ich meine nun, die Möglichkeit, mit im Ganzen so geringfügigen Abänderungen der in den Digesten vorliegenden Fassung zu dem denkbar knappsten Masse der Darstellung in den Responsen zu gelangen, beweist recht ersichtlich, dass wir auch dort überall die Worte des Scävola, nicht die der Parteien vor uns haben. Verrätherisch ist in

---

[1]) Einen weiteren ähnlichen Fall führt Krüger selbst an ebendaselbst Bd. VII, p. 96, Anm. 2.

Digitized by Google

dieser Hinsicht das Responsum „potuisse" in L. 14 D. de distr. pign., welches Scävola in Erinnerung an die concrete Gestalt des Falles gesetzt haben dürfte, während Thatbestand und Frage, sowie sie bei dem Juristen lauten, von einem schon geschehenen Pfandverkaufe nichts enthalten. Daher denn auch in den Responsen das correctere „posse". Ebenso geht es viel zu weit, wenn Krüger es als unverbrüchliche Regel hinstellt, Scävola beschränke sich in seinen Entscheidungen streng auf das ihm unterbreitete Material und gebe dieselben ohne Gründe. Gar nicht selten treffen wir in den Antworten auf Ergänzungen des unvollständigen oder Präcisierungen des ungenauen Thatbestandes: L. 47 § 1 D. de pact. 2. 14 „si tantum ratio accepti atque expensi esset computata". L. 32 D. de dol. 4, 3 „uerum si ideo properasset manumittere, ne rationes fratribus redderet" L. 20 § 1 D. si seru. uind. 8. 5 „sed si uoluntas contrahentium manifesta non sit". L. 9 D. de resc. uend. 18. 5 „non prius, quam emtori pretium esset illatum, uel si pretium nondum esset ab emtore solutum, in vectigal satisfactum esset". L. 37 pr. D. de leg. III. 32 „si modo nihil praeterea mater cepisset". L. 35 § 2 D. eod. „et de eo sensisse testatorem certum sit, qui alibi esset". L. 38 pr. D. eod. „si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsoluisset". L. 41 § 11 D. eod. „si ita dedisset, ut mulier ratum haberet". L. 57 § 1 D. de adm. tut. 26. 7 „si scientes emerunt". L. 58 § 1 D. eod. „si eam pecuniam in se uertisset — quodsi pecunia mansisset in rationibus pupilli". Desgleichen geht die Antwort über die Frage hinaus: L. 32 D. de dol. 4. 3. Es war nach der Haftung aus dem Fideicommisse gefragt, der Jurist verweist auf die actio doli als möglicher Weise zuständige Klage. L. 58 D. H. P. 5. 3. Die Anfrage geht auf die Zulässigkeit der exceptio doli, die Antwort erklärt diese nicht einmal für nöthig, schon das officium iudicis reiche aus. L. 31 D. de const. pec. 13. 5. Die Frage lautet, ob die Konstitutsklage begründet sei, die Antwort fügt hinzu „nec ciuilem eo nomine actionem competere". L. 35 § 1 D. de donat. 39. 5. Die Frage geht dahin, ob die donatio perfecta sei, die Antwort bejaht zugleich die Gültigkeit des Pfandrechts. L. 19 § 1 D. de fideic. lib. 40. 5. Die Frage betrifft nur den Anspruch auf die Freiheit, die

Digitized by Google

Antwort geht zugleich auf die Legatsansprüche des Freigelassenen. Nicht unwahrscheinlich ist es allerdings, dass die Konsultation auch auf letztere gerichtet war, und diess nur in der Form, in welcher Scävola diese wiedergiebt, weggefallen ist. Bei dieser Annahme würde die Stelle eine Parallele zu der oben besprochenen L. 14 D. de distr. pign. bieten. — Endlich fehlt es keineswegs an Beispielen einer mehr oder minder eingehenden Begründung der gefällten Entscheidung, L. 3 § 2 D. de transact. 2. 15: „quia neque cum eo ipse transegit, nec negotium Septicii Maeuius gerens accepit". L. 39 § 1 D. de minor. 4. 4 „maxime quum sit ei paratum promptum auxilium, curatoribus eius idoneis constitutis". L. 20 § 1 D. si seru. uind. 8. 5 „quum id quoque ius fundi, qui legatus esset, uideretur". L. 27 D. de prob. 22. 3 „uidetur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse". L. 38 § 4 D. de leg. III. 32 „quum hoc nudum praeceptum est". Man sehe ferner die ausführliche Motivierung des Gutachtens in L. 40 § 7 D. de statulib. 40. 7. Nicht minder gehören hierher die in L. 3 pr. D. de transact. 2. 15 und L. 24 D. ad municip. 50. 1 ihrem vollen Wortlaut nach mitgetheilten Rescripte. Die hier zum Belag angeführten Stellen mögen genügen; sie lassen sich leicht vermehren. Häufig erklärt sich auch, namentlich in den umfangreichen Fragmenten aus den Legatstiteln, der Mangel einer Begründung daraus, dass die Entscheidung lediglich den nach dem römischen Sprachgebrauche mit den Worten des Testators zu verbindenden Sinn fixiert. — Alles in allem dürfte die obige Durchmusterung der Digesten des Scävola gezeigt haben, dass die Anschauung, als ob der Jurist die ihm vorgelegten schriftlichen Anfragen nur mit einer dürren Notiz über den bejahenden oder verneinenden Inhalt seines Responsum versehen und die so entstandene Zettelsammlung einfach über das Publicum ausgeschüttet habe, eine irrige ist. Wir haben in den Digesten vielmehr eine wissenschaftliche Arbeit zu erkennen und dürfen gerade bei der ersichtlich in ihnen angestrebten Kürze eine um so grössere Genauigkeit und Prägnanz des Ausdrucks erwarten.

Zu L. 4 D. de his q. test. del. 28. 4 bemerkt Krüger gegen die Argumentation, dass es auffällig erscheinen müsse, wenn

Digitized by Google

Paulus an Stelle der von Papinian erwähnten Zerstörung der Testamentsurkunde das linum incidere setze, „aber konnte denn Papinian beim delere, wenn er diess als in der Absicht des Widerrufs geschehen voraussetzt, die Entkräftung des Testaments iure praetorio übergehen, also einen sachlich unhaltbaren Bescheid geben?" Dieser Einwand trifft doch die Sache nicht; die befremdliche Fassung der Note des Paulus wird dadurch in keiner Weise erklärt. Zudem müsste man bei einer solchen Deutung der Stelle, wie Krüger sie hier giebt, wonach Papinian bei dem Testator den Willen, sein Testament aufzuheben, nicht voraussetzen soll, dem Juristen, wie ich schon in meinen früheren Aufsatze angedeutet habe, den Vorwurf machen, dass er gerade das entscheidende Moment des ganzen Falles unausgesprochen lasse. Denn welche sonstige Absicht ausser dem Widerrufe des Testamentes soll man wohl vernünftiger Weise dem ausführlich geschilderten Vorgehen des Erblassers unterlegen? Und weshalb soll denn der Bescheid Papinians, wenn er die Entkräftung iure praetorio übergeht, sachlich unhaltbar werden? Darüber, dass er nur von den civilen Folgen des delere redet, kann bei den von ihm gebrauchten Ausdrücken kein Zweifel entstehen, und warum soll nun der Fall thatsächlich nicht so gelegen haben, dass es eben nur auf das ius ciuile ankam; es waren z. B. die Fristen für die Agnition der b. p. bereits verstrichen, oder die Intestaterben in dem zerstörten Testamente eingesetzt, so dass es sich praktisch nur um die Gültigkeit der Vermächtnisse handelte. Papinian hat doch nicht die Verpflichtung, seine Leser darüber aufzuklären, weshalb er in seiner Antwort ausschliesslich das ius ciuile berücksichtigt. Genug, er thut es und er konnte seine guten Gründe dazu haben.

Bezüglich der Stelle aus der Collatio (XVI. 3 § 1) heisst es weiter: „Paulus behandelt hier und in den folgenden Paragraphen (2, 2[a]) den Begriff des intestatus als Einleitung zur civilen Intestaterbfolge; nach Schirmer kann Paulus nicht neben den Fällen, in welchen jene eintritt, mit dem linum abrumpere einen solchen aufführen, welcher nur bonorum possessio ab intestato eröffnet. Ein solcher Schluss ist bedenklich, weil uns die Erörterung des Paulus nur lückenhaft vorliegt; der folgende Paragraph: [Sine] iure praetorio factum

Digitized by Google

testamentum obiecta doli exceptione obtinebit (Schirmer glaubt den Sinn des Satzes durch Aenderungen auf den Kopf stellen zu müssen) zeigt deutlich genug, dass Paulus in dieser Einleitung nicht lediglich vom ius ciuile spricht". — Ich möchte zunächst nur fragen, ist es möglich den Sinn eines Satzes auf den Kopf zu stellen, der, so wie er in der Handschrift lautet (sine iure praetorio factum testamentum abiecta doli expectatione obtinebit eorum, letzteres Wort schliesst sich anscheinend freilich mehr an das Folgende an, ist aber auch da sinnlos), gar keinen Sinn hat? Und wenn es überhaupt möglich ist, geschieht das nicht in ganz gleicher oder noch stärkerer Weise durch das Hinauswerfen des handschriftlichen sine? Meine Verwandlung des Nominativs oder Accusativs factum testamentum in den Ablativ ist kaum eine Aenderung zu nennen, da alle drei Codices der Collatio diese Casus beständig mit einander verwechseln; und wenn ich endlich (nach Huschke) aus dem eorum die Buchstaben ur h. restituiere (Krüger merzt eorum, wohl als Dittographie, einfach aus), so will ich gewiss auf diese Conjectur kein besonderes Gewicht legen, da ich wohl weiss, dass unter hundert solchen Emendationen kaum eine das Richtige trifft. Aber Krüger's Textconstituierung ist, wie alle die verschiedenen Vorschläge zur Heilung der Stelle, eben auch nur eine Conjectur, und sie hat das gegen sich, dass sie die Ausführung des Paulus durch ein fremdartiges Einschiebsel stört. Denn dass es im Allgemeinen die Gewohnheit der Römischen Juristen nicht ist, bei der Bestimmung des Begriffs eines intestatus sich in weitläuftigere Erörterungen über das prätorische Recht einzulassen, beweist ein Blick auf die analogen Stellen, pr. I. de hered. q. ab int. III. 1 L. 1 pr. D. de suis et legit. 38. 16, und speciell dem Character der Sentenzen dürfte das nicht entsprechen, zumal sich in dem Folgenden, besonders in § 2, wo doch gewiss genügender Anlass vorläge, auch nicht der leiseste Hinweis auf eine etwaige bonorum possessio findet. Das Alles durch willkürliche oder systematische Auslassungen des Verfassers der Collatio resp. der Handschriften zu erklären, geht auch nicht wohl an. So viel wir aus der Vergleichung der in der Collatio vorfindlichen mit den auch auf anderem Wege erhaltenen Texten entnehmen können, hat der

Digitized by Google

Verfasser der Collatio nirgends Streichungen vorgenommen. Der Coll. XII. 7 § 9 am Ende gegenüber der L. 27 § 11 D. ad leg. Aq. 9. 2 fehlende Passus dürfte eher eine Einschaltung der Kompilatoren in den Digesten als eine Auslassung in der Collatio repräsentieren. Ebensowenig hat der Schreiber der unseren Codices zu Grunde liegenden Handschrift eingreifendere Attentate gegen deren Vollständigkeit verübt. Er hat aus Nachlässigkeit einzelne Worte ausfallen lassen, gelegentlich auch einmal (vergl. Coll. XIII. 4 § 2) in Folge der Wiederkehr desselben Wortes oder der gleichen Endung eine etwas grössere Lücke verschuldet; diess dürfte namentlich auch im Beginn unseres Paragraphen der Fall sein, wo die Erwähnung der gänzlich unterbliebenen Testamentserrichtung nicht entbehrt werden kann. Nirgends aber erlaubt er sich selbständig Streichungen in dem ihm vorliegenden Texte vorzunehmen. Nach alledem ist es mindestens nicht wahrscheinlich, dass zwischen § 1 u. 2 eine Ausführung über das prätorische Recht verloren gegangen sei, und daraus rechtfertigt sich das Bestreben von Huschke und Lachmann, die Schlussworte des § 1 in irgend eine engere Verbindung mit dem Voraufgehenden zu bringen. In eben diesem Sinne habe ich versucht, dem Passus eine Beziehung auf Fälle eintretender vollwirksamer, civiler Intestaterbfolge unerachtet des Vorhandenseins eines prätorisch gültigen Testamentes zu geben, indem auch da der Begriff des intestatus in aller Energie zutrifft. Mag das nun aber auch irrig sein, mag Krüger durchweg das Richtige gefunden haben, sowohl in seiner Textrecension, (obschon mir darnach sein § 2 — der Ausgabe der Sentenzen des Paulus — nur als ein in den Text gerathenes Glossem erscheinen will) als auch in der Annahme, dass hier eine umfangreichere Lücke klaffe, so wäre es damit doch noch nicht im mindesten gerechtfertigt, dem Paulus unterzuschieben, er habe in § 1 Fälle wirklicher, civiler Intestaterbfolge mit solchen der prätorischen bonorum possessio ab intestato wie Kraut und Rüben durcheinandergeworfen; vielmehr würde sich gerade umgekehrt zeigen, dass er die durch das prätorische Recht herbeigeführten Modificationen der civilen Intestaterbfolge abgesondert von dieser selbst behandelt habe.

Digitized by Google

Sonach dürften die Bedenken, die mich gegen die Stelle der Gaianischen Institutionen (II. § 151) misstrauisch machten, in ungeschwächter Kraft fortbestehen. Es bleibt übrig, diese selbst nochmals einer genauen Betrachtung zu unterziehen. Ich übergehe, was Krüger über die Art bemerkt, wie Gaius in seiner Darstellung des testamentarischen Erbrechts das prätorische an das civile Recht anschliesst, denn da vermag ich wirklich keine greifbare Differenz zwischen unseren beiderseitigen Anschauungen zu erkennen; höchstens, dass ich den § 126 des zweiten Buches deshalb nicht genannt habe, weil ich das Constitutionenrecht noch von dem prätorischen Rechte unterschied, auf welches jenes Anwendung finden soll. Und wenn Krüger nun fortfährt „Wenn (Gaius) aber auch das ius ciuile zum Ausgangspunkt nimmt, so muss er doch da, wo dasselbe versagt, das prätorische Recht selbständig einschieben“, so will ich ihm das gern zugeben. Aber dann musste Gaius verständiger Weise einfach schreiben, das ius ciuile kennt keine Aufhebung der Testamente durch Widerruf, wohl aber giebt es eine solche im prätorischen Recht. Er konnte aber nicht den neuen Absatz mit den Worten beginnen: „potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmentur“. Es ist unmöglich, diesen Satz von etwas Anderem als dem Civilrechte zu verstehen. Dazu nöthigt die schon in meinem ersten Aufsatze hervorgehobene ersichtliche Beziehung dieser Worte auf den § 145, die Erwähnung der iure facta testamenta, die, wenn hier das prätorische Recht abgehandelt werden sollte und der allgemeine Satz: das prätorische Recht kennt eine Aufhebung der Testamente durch Widerruf, ausgesprochen ist, überflüssig und irreleitend erscheint. Endlich muss ich es entschieden bestreiten, dass der Ausdruck „testamenta iure facta infirmantur“ auf eine indirecte Entkräftung durch bonorum possessio intestati gedeutet werden dürfe. Die Möglichkeit einer bonorum possessio neben dem Testamente berührt dessen Gültigkeit in keiner Weise, das Testament hat, wenn die bonorum possessio nicht erbeten wird, den vollen Effect, den ein gültiges Testament überhaupt haben kann; es ist also nicht infirmatum. Nur die actio ex testamento wird durch die eventuell entgegenstehende exceptio doli gebrochen. Es gilt auch hier das Wort der L. 11 § 2 D. de

Digitized by Google

b. p. s. t. 37. 11 „non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed de uiribus exceptionis". Mir ist ein Beispiel eines solchen ungenauen und fehlerhaften Sprachgebrauchs, wie Krüger ihn bei Gaius voraussetzt, nicht bekannt. In L. 2 D. de his q. in test. del. 28. 4 bezeichnet „totum testamentum infirmare" gar nicht irgend welches juristische Verhältniss, sondern bloss den thatsächlichen Revocationswillen des Erblassers, und ebenso am Schluss der Stelle: „institutionem non esse infirmandam" nur den Inhalt der interpretatio, also der Auffassung und Auslegung der factischen Sachlage. — Ich mache weiter darauf aufmerksam, wie Gaius sagt: „apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit ualere"; diess leitet nothwendig auf den Gedanken: aber das Testament wird hinfällig, wenn dieser Wille einen bestimmten, positiven Ausdruck erhält, nicht auf die Folgerung: das Testament bleibt zwar gültig, indessen der Prätor giebt hier eine bonorum possessio. Allerdings wendet Krüger weiter ein: „wie könnte Gaius, wenn Schirmer Recht hätte, das linum incidere in einen beschränkenden Nebensatz verweisen, dagegen die Darstellung im ganzen auf die indirecte Entkräftung zuspitzen?" Da meine ich nun zwar, dass etwas immer noch besser ist wie nichts, die Erwähnung des im Eingang angekündigten Falles eines testamentum contraria uoluntate infirmatum in einem blossen Nebensatze immer noch eher erträglich sein dürfte als das gänzliche Wegbleiben eines solchen. Allein ich will meine Conjectur gern preisgeben. Es ist eben so gut möglich, dass eine grössere Auslassung in dem handschriftlichen Texte begangen ist; etwa usque adeo, ut si linum eius inciderit, non ualeat, si non inciderit, nihilo minus iure ciuili ualeat, oder wie man sonst die vermuthete Lücke passend ausfüllen mag. Die Hauptsache war und ist für mich lediglich der Nachweis, dass die Stelle des Gaius ursprünglich nicht so gelautet haben könne, wie wir sie jetzt vor uns haben, dass die Anfangsworte derselben mit zwingender Nothwendigkeit die Namhaftmachung eines Falles erwarten lassen, in welchem durch contraria uoluntas iure ciuili das Testament aufgehoben wird. Die richtige Lesung zu errathen, ist dann ein Zweites. Mag diess letztere gleich nur unvollkommen gelingen, so wird da-

Digitized by Google

durch doch die Autorität des in sich widerspruchsvollen Textes nicht erhöht. — Für die Richtigkeit der gegenwärtigen Gestalt des Paragraphen beruft sich Krüger noch auf die in demselben enthaltene Steigerung, „vom einfachen Widerruf schreitet Gaius fort zum linum incidere und kommt dann zum delere und comburere". Ich gestehe, dass ich von vornherein gerade an dieser Steigerung Anstoss genommen habe. Das usque adeo erregt doch die Erwartung, dass Gaius nun sein letztes Wort sagen werde. Statt dessen hinkt das quin etiam wie eine Art Selbstcorrectur nach. So erhalten wir eine rhetorische Figur, die zu der nüchternen Darstellung des Gaius wenig passen will. Bei meiner Auffassung des Zusammenhanges der Stelle hebt der mit quin etiam beginnende Satz nur einen besonderen und am ersten noch zweifelhaft erscheinenden Fall aus der Zahl derjenigen heraus, die bereits in dem Vorhergehenden direct oder indirect (nach meinem früheren Vorschlage) als solche bezeichnet sind, in denen der Widerruf nach Civilrecht wirkungslos bleibe, und damit wird das anstössige Sichselbstüberbieten der Gaianischen Ausführung vermieden. — Eine recht fühlbare Incongruenz der Gedankenverbindung bei Gaius kann freilich nicht in Abrede gestellt werden; der mit usque adeo eingeleitete Satz schliesst sich nicht streng logisch an das Vorige an, weil das linum incidere nicht ein blosses ualere nolle ist, sondern ein positives Handeln, durch welches das ualere nolle seinen ersichtlichen Ausdruck erhält. Gaius überspringt hier einen Zwischengedanken, der bei meiner Auffassung des Sinnes der Stelle sich dahin formulieren liesse: „es genügt nicht einmal jede beliebige Erklärung des Revocationswillens"; nach Krüger würde derselbe lauten: „es hilft auch nichts, dass der Widerruf geäussert ist", wobei dann in dem usque adeo u. s. w. nicht eine blosse Beschränkung, sondern eine directe Verneinung enthalten wäre.

Digitized by Google

Bemerkungen zu der vorstehenden Replik.

Von

Herrn Professor **Dr. Krüger**

in Königsberg.

Der Versuch, die Band VII, 1 S. 7 geäusserten Zweifel gegen die Richtigkeit des Textes von Gai. 2, 151 zu zerstreuen ist nach dem obigen Aufsatz erfolglos gewesen. Er soll hier nicht erneuert, es sollen nur einige Nachträge zu dem Band VII, 3 S. 91 f. gesagten geliefert werden.

Der systematische Zusammenhang von Gai. 2, 151 kann der sein, dass Gajus nach der Episode in § 147—150 wieder an die vorhergehenden Fälle anknüpft, wo iure civili gültige Testamente nachträglich entkräftet werden. Ebenso nah liegt aber auch, dass Gajus, nachdem er 2, 147—150 Fälle besprochen hat, in welchen iure civili ungültige Testamente unter Umständen durch bonorum possessio aufrecht erhalten werden, zu dem umgekehrten Fall übergeht, dass ein iure civili gültiges Testament durch bonorum possessio entkräftet wird. Dieser Uebergang tritt deshalb nicht hervor, weil Gajus den Anlass benutzt, um den Widerruf des Testaments ganz allgemein zu behandeln.

Hinsichtlich der Collatio 16, 3, 1 bezweifle ich nicht sowohl, dass ihr Verfasser den aus Paulus ausgezogenen Abschnitt vollständig geben wollte, als dass dieser ihm vollständig vorgelegen hat oder uns durch die Handschriften vollständig überliefert ist. Ich nehme ferner an, dass Paulus, welcher das civile Intestaterbrecht nicht wie die verwandten Systeme in die Anhänge verweist [1]), sondern es innerhalb des Ediktsystems der prätorischen Intestaterbfolge voraufschickt, den Begriff des intestatus für beide Systeme gemeinsam erörtert hat.

Bei L. 4 de his quae in test. del. (28, 4) ging ich davon aus, dass Papinian bei der Zurücknahme der überflüssigen Testa-

---

[1]) Vergl. VII, 3 S. 103.

mentsexemplare aus dem Archiv unter Zurücklassung eines, während jene vernichtet wurden, die Absicht des Testators dadurch einen Widerruf zu bekunden nicht vorausgesetzt habe. Der Frage, welche sonstige Absicht denn vorliegen konnte, lässt sich die andere gegenüberstellen: weshalb lies der Testator das eine Exemplar im Archiv zurück? Doch wohl, weil dies für die Geltung des Testaments genügte, so dass, wenn der Fall anders lag, dies hätte angegeben werden müssen. Wenn Schirmer letzteres damit erklären will, dass vielleicht die nicht angegebenen Umstände des Falls das Eintreten der bonorum possessio ab intestato ausschlossen, so entschuldigt er eine Weglassung mit einer zweiten nicht minder auffälligen.

Die Besprechung der L. 20 de iniusto (28, 3) ist über den eigentlichen Streitpunkt hinausgewachsen. Kommen wir auf diesen zurück, so handelte es sich darum zu erklären, wesshalb Frage und Antwort sich blos auf hereditatis aditio beziehen, während nach dem Rechtszustande, welchen man aus Gajus entnehmen muss, das *incidere tabulas* und die Frage, ob dies bei klarem Verstande oder im Wahnsinn geschehen, nur für die bonorum possessio ab intestato in Betracht kam. Man hätte also die Frage erwarten sollen: steht Eröffnung der bonorum possessio ab intestato dem Antritt der instituti entgegen? und etwa noch: kann den instituti nach der Antretung die Erbschaft durch etwaige bonorum possessores entzogen werden? Nach Schirmer hätte nun Scävola die Frage, wenn sie unrichtig gestellt war, erst berichtigen und dann dieser Berichtigung entsprechend antworten müssen. Dass er dies nicht gethan, beweise, dass die Frage richtig gestellt war, dass also *tabulas incidere* seitens des nicht geisteskranken Testators der aditio hereditatis entgegenstände. Diese Folgerung ist nur zulässig, wenn sich Scävola erweislich die Aufgabe gestellt hätte, alle verkehrten Anfragen zu berichtigen, oder wenigstens bei der Veröffentlichung seiner Responsa dies nachzuholen. Dem habe ich die Tendenz der Digesta von Scävola entgegengehalten, aus welchen obige Stelle entnommen; im Gegensatz zu den meisten anderen Responsen-Sammlungen, insbesondere derjenigen Papinians (L. 4 cit.) sei bei ihnen auf eine Umgestaltung des benutzten

Digitized by Google

Stoffs im wesentlichen verzichtet; Frage und Antwort würden geschieden [1]) und erstere abgesehen von stilistischer Bearbeitung [2]) so wiedergegeben, wie sie gestellt worden. Damit ist nur Wiedergabe des sachlichen Inhalts gemeint, worauf es für den obigen Streitpunkt allein ankommt, nicht dass damit eine schärfere Formulirung und Erstrebung möglichster Kürze geleugnet werden sollte. Auch das mag als möglich zugegeben werden, dass, wo etwa eine ganz unjuristische Fassung vorlag, Scävola die juristische Formulirung der Frage eingestellt haben könnte; doch glaube ich nicht, dass nach dieser Richtung hin viel nachzuarbeiten war. Ich nehme im Gegensatz zu Schirmer an, dass die Responsa regelmässig nicht auf mündliche Anfragen erfolgten, auch nicht durch die Parteien selbst, sondern durch ihre Sachwalter eingeholt wurden, welche mehr oder weniger Juristen waren. Das, glaube ich, ergiebt sich aus der Stellung der privilegirten Juristen, dass wie sie über das Sachverhältniss nicht zu entscheiden hatten, sie auch regelmässig es abgelehnt haben werden dasselbe aus den Parteien herauszufragen, sondern diese zeitraubende und unfruchtbare Thätigkeit anderen überliessen. Bewiesen wird es bei Scävola namentlich durch die vielen Responsa, welche das Sachverhältniss ergänzen müssen, indem sie unter Voraussetzungen abgegeben werden, welche die Anfrage nicht enthält [3]). Hätte die Partei vor dem Juristen gestanden, so wären derartige Nachträge ausgeschlossen gewesen. Auf schriftliche Anfragen führen auch die derben

---

[1]) Ausnahmen machen L. 78 ad SC. Treb. (36, 1) L. 243 de verb. sign. (50, 16) L. 41 § 13 de leg. III (32).

[2]) Die Verwandlung der Partei-Namen in typische kommt hier nicht in Frage.

[3]) Eine Reihe dieser Responsa ist oben S. 101 angeführt, um gegen mich (Bd. VII, 3 S. 93) zu beweisen, dass Scävola sich nicht auf das ihm unterbreitete Material beschränke. Auf eine solche Erweiterung des Materials, zu der der Jurist gezwungen ist, um nur überhaupt eine Antwort geben zu können, bezog sich meine Aeusserung nicht. Die wenigen Fälle, in welchen Scävola ohne solchen Zwang über das mitgetheilte Sachverhältniss hinausgeht, scheinen mir nicht geeignet, meine über das Werk im Ganzen ausgesprochene Meinung zu widerlegen. Dasselbe ist zu sagen von der Beweisführung gegen meine Aeusserung, Scävola gebe die Gründe seiner Entscheidung nicht an.

Digitized by Google

Antworten solcher Fassung, wie: *nihil proponi cur non,* und wohl auch die selbstverständliche und darum etwas auffällige Verwahrung Scävola's, dass er seine Entscheidung nur gemäss dem ihm mitgetheilten Sachverhalte abgebe.

Hat nun Scävola es sich zur Aufgabe gestellt, in seinen Antworten alle Verkehrtheiten der Anfragen zu berichtigen? In der Veröffentlichung der Responsa dies nachzuholen, hätte dahin führen müssen, Responsa auf fingirte Anfragen wiederzugeben. Gegenüber den Anfragenden aber wäre es meist zwecklos gewesen; sie stehen dem Respondenten nicht als Schüler gegenüber, sie über korrekte Auffassung des Falles zu belehren, wie es in den Quaestiones geschieht, liegt ausser seiner Aufgabe. Wenn es also wirklich einige Mal geschehen, so machen diese Fälle es nicht wahrscheinlich, dass Scävola es durchgängig so gemacht hätte; ausserdem fehlen in den Digesta Beispiele dafür nicht, dass Scävola stillschweigend über die Fehler der Anfrage hinweggeht[1]). Wenn also in L. 20 die Entscheidung auch derjenigen Sachlage entspricht, welche man nach Gai. 2, 151 annehmen muss, so liegt darin, dass sie die Verkehrtheit der Anfrage nicht hervorhebt, kein Grund zu Zweifeln gegen den Gajanischen Text.

V.

Actio fiduciae und Realvertrag.

Von

Herrn Professor **Dr. O. Geib**

in Tübingen.

I.

Ueber das rechtliche Fundament der actio fiduciae gehen auch nach Auffindung der spanischen Fiduciartafel die Ansichten auseinander. Wohl ohne Grund, soferne nach wie

[1]) Z. B. L. 58 de peculio (15, 1), L. 32 § 1. 7 de usu et usufr. (33, 2), L. 7 de instructo (33, 7), L. 31 § 2 de adimendis (34, 4).

Digitized by Google

vor über das Verhältniss des pactum fiduciae zum Mancipationsakte gestritten wird. In dieser Beziehung scheint der Nachweis erbracht, dass das pactum fiduciae an dem Ritual des solennen Eigenthumsübertragungsgeschäftes keinerlei Antheil hatte. Leicht mochte üblicherweise bei der Mancipation verlautbar werden, dass die Eigenthumsübertragung fiduciae causa erfolge, um damit äusserlich von vorn herein das Geschäft von andern leges ut remancipetur, beispielsweise bei der noxae deditio[1]), zu differenziren. Das pactum fiduciae selbst aber ist nicht nuncupirt, sondern vollständig unabhängig vom Mancipationsritual, auch niemals nothwendig in der Form der Stipulation abgeschlossen worden[2]). Dasselbe war ein „geheimer Artikel“, welcher bei dem solennen Akt der Fiduciabestellung nicht nothwendig hervortrat. Schon in einer Dissertation von Stas, de contractu fiduciae[3]) findet sich diese Auffassung, die seither zu Ehren gekommen ist, vertreten.

Bei Beantwortung der sich alsbald aufdrängenden Frage, woraus bei solcher Auffassung die Klagbarkeit des pactum fiduciae zu verstehen sei, wird angezeigt sein sich zu vergegenwärtigen, dass das p. f. in seiner schliesslichen Gestaltung obligatorische Rechte erzeugt von zweierlei Art. Einmal ergibt sich aus demselben die fiduciarische Berechtigung des Fiducianten, durch welche die Eigenthumsübertragung zweckentsprechend modificirt wird. Andererseits leitet aber auch der Fiduciar obligatorische Rechte aus dem p. f. ab, welche ihm zustehen sollen, gleichviel ob er Eigenthümer geworden ist oder nicht. Von vornherein erscheint es als unwahrscheinlich, dass die obligatorische Distractionsbefugniss des Fiduciars und der Anspruch auf Remancipation des Fiducianten die

---

1) Coll. II, 3, 1. Gaius, I, 140 (L. 31 D. de pign. act. 13, 7).

2) Mommsen, in der Sav.-Zeitschr. Bd. VI. S. 274 hält das Gegentheil für wahrscheinlich.

3) Leodii 1824 p. 16 ... non in ipsa nuncupatione ... insertur fiducia, sed tacite contrahi potest. Vergl. aber auch schon Grävius (Cicero orationes, Amstelodami 1695—1699 tom. II pars 2 p. 154 c. 2) zu Cicero pro Flacco XXI, 51: „Sed intelligere debemus eam fidem, quae interponebatur de restituenda re fiduciaria, non fuisse apertam, neque manifestam: sed tantum ipsis partibus notam.“

Digitized by Google

gleiche Wurzel haben. Dass die erstere späteren und anderen Ursprungs sei als der letztere, wird sich denn auch zeigen.

Denken wir hier zunächst lediglich an diejenigen Rechte, welche sich für den mancipio dans aus dem pactum fiduciae ergeben, so ist die im Ganzen zutreffende Antwort auf die Frage, worauf die Klagbarkeit des pactum conventum zu basiren sei, längst ertheilt worden. Nicht das Mancipationsritual ist es, aus dem die civile actio fiduciae directa resultirt, sondern der Mancipationseffect und zwar der dingliche, nicht der obligatorische Mancipationseffect.

Die dingliche Wirkung der Mancipation und in iure cessio besteht nun aber, seitdem sich der Rechtsübergang von der Tradition emancipirt hatte, in nichts anderem als in der Eigenthumsübertragung. Sie besteht nicht im Besitzübergang [1]), auch ohne solchen vermochten diese solennen Uebertragungsakte den Erwerb quiritarischen Eigenthums zu be-

---

[1]) Als Nichtbesitzer wird der Fiduciar gedacht, beispielsweise in L. 18 D. de precario 43, 26 (vergl. dazu Lenel, Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 3, S. 119 f.).

Nicht hieher gehört L. 36 D. de poss. 41, 2. In dieser Stelle ist nicht „stark" (Kniep, vacua poss. I. S. 248), sondern m. E. nichts, jedenfalls nachweislich nicht das pignoris causa tradere interpolirt. Die ursprüngliche Beziehung des Fragments auf die fiducia hat Lenel nachgewiesen, er selbst nimmt aber an, dass die in den Digesten erhaltenen Worte vom pignus, nicht von der fiducia handeln. Es „sind die Besitz- und Usucapionsverhältnisse beim pignus (im Gegensatz zur fiducia) dargestellt" (a. a. O. S. 119). In der That würde die Stelle unverständlich, wenn sie ursprünglich eingangs gelautet hätte: qui fiduciae causa fundum creditori mancipio dat, intellegitur possidere. Denn die folgenden Ausführungen würden sich im direkten Widerspruch befinden mit der bekannten Thatsache, dass der precario besitzende Schuldner nicht usurecipiren und sicherlich auch nicht ohne zu besitzen („nam cum possessio creditoris non impediat capionem") der Fiduciant eine zur Zeit der Fiduciabestellung bereits begonnene Ersitzung vollenden kann. — Auf pignus bezogen ist dagegen alles klar; „intellegitur possidere" heisst: der Verpfänder behält den Usucapionsbesitz und in den folgenden Worten sagt Julian in Uebereinstimmung mit seiner L. 33 § 6 D. de us. 41, 3, dass der Verpfänder die Ersitzung fortsetzt „et si precario rogaverit".

Kann nun aber in L. 36 D. cit. statt pignoris causa tradere nicht fiduciae causa mancipio dare gestanden haben, so ergibt sich daraus die Unhaltbarkeit des (in der Sav.-Zeitschr. Bd. 7, S. 46—48) von

Digitized by Google

wirken. Einzig und allein in seiner Eigenschaft als Eigenthümer hatte ursprünglich der Fiduciar Recht auf Besitz. Befindet er sich im Besitz ohne Eigenthümer zu sein, so steht ihm gegen die Vindication des Fiducianten keine exceptio r. v. e. tr. zu. Denn mancipatio f. c. ist nicht effectiver Kauf, und das Darlehen ist nicht pretium mancipationis. Erst nachdem die fiducia zum (b. f.) contractus geworden war, wird in solchen Fällen eine der exceptio dati pignoris neque redditae pecuniae analoge Einrede gewährt worden sein [1]. Als Eigenthümer mag der Fiduciar jeder Zeit et sine auctoritate iudicis [2] von der fiduciirten Sache Besitz ergreifen. Aber wenn er keinen Käufer findet, bedarf es behufs endgiltiger Lösung der fiduciae obligatio einer förmlichen possessionis impetratio a Caesare entsprechend der dominii impetratio beim pignus [3]. Denn constituirt wird die fiducia nicht durch

---

Gradenwitz versuchten, auf die Annahme einer solchen Interpolation in L. 36 D. cit. gestützten Nachweises weiterer Interpolationen. Gegen Gradenwitz's Argumentation spricht fernerhin der Umstand, dass neben pignori dare für verpfänden sehr häufig andere Ausdrücke vorkommen, wie: ius pignoris contrahere (L. 3 § 1 D. de reb. eor. 27, 9), pignoris titulo obligare (L. 26 C. de pign. 8, 13 [14]), iure pignoris obligare (L. 10 pr. L. 12 C. de distr. pign. 8, 27 (28) L. 2 C. si unus 8, 31 [32]), pignoris nomine obligare (L. 1 C. de rem. pign. 8, 25 [26]), pignoris nomine dare (L. 37 D. de poss. 41, 2) und dass die pfandmässige Haftung mit pignoris nomine oder pignoris causa teneri bezeichnet wird (L. 9 D. de o. n. n. 39, 1 L. 5 C. in quib. caus. 8, 14 [15]). Bei solchem Sprachgebrauch kann doch nicht auffallen, wenn ein par Mal für verpfänden sich die Verbindung pignoris causa dare vorfindet. — Nicht zu verneinen dürfte dagegen die Frage sein, ob nicht aus andern Gründen die ursprüngliche Beziehung der beiden von Gradenwitz a. a. O. besprochenen Stellen auf die fiducia anzunehmen sei, wie es in Ansehung der L. 8 D. de pign. act. 13, 7 Voigt (XII tafeln II. S. 167 Anm.), in Ansehung der L. 50 D. de i. d. 23, 3 Ubbelohde (Realcontr. Anm. 151) bereits ausgesprochen haben. In L. 8 D. cit. insbesondere lässt u. E. das im § 3 stehen gebliebene „eam" nicht undeutlich erkennen, dass hier von fiducia die Rede gewesen sein musste, worauf schon Rudorff, Zeitschr. f. R. G. Bd. 11, S. 80, A. 35 aufmerksam gemacht hat.

[1] L. 1 C. si pign. convent. 8, 32 (33). L. 1 C. de n. n. p. 4, 30.

[2] Paul. V, 26, 4. Aehnliches scheint beim ἀποτίμημα Rechtens gewesen zu sein Demosthenes, c. Spud. 7. 11.

[3] L. 24 pr. D. de pign. a. 13, 7 und dazu Lenel, Sav.-Zeitschr. Bd. 3, S. 110 ff.

Digitized by Google

Besitzübergabe und „obendrein“ erfolgte Eigenthumsverschaffung, eine Vorstellung, die schon J. Gothofred[1]) vorschwebte, und die bei vielen neueren Schriftstellern wiederkehrt[2]). Nicht einmal soviel darf aus der mehrfach bezeugten pachtweisen oder precären Ueberlassung der fiducia an den mancipio dans geschlossen werden, dass es üblich geworden wäre dem fiduciarischen Eigenthümer Besitz einzuräumen. In Beziehung auf das precarium sagt Julian[3]) ausdrücklich, der fiduciarische Eigenthümer könne rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat; und was die Miethe betrifft, so nimmt doch sicherlich der Eigenthümer sein Besitzrecht dadurch schon in hinreichender Weise für sich in Anspruch, dass er darüber disponirt, indem er vermiethet. Er hat nicht nöthig selbst zuvor von dem demnächst an den seitherigen juristischen Besitzer zu verpachtenden fundus corpore Besitz zu ergreifen[4]). Weder zu tradiren noch für habere licere (uti superior in possessione futurus sit — ut in lite de possessione potior sit)[5]) einzustehen, ist also Pflicht des Fiducianten. Vielmehr darf er die fiduciae causa mancipirte oder in iure cedirte Sache behalten, er kann dieselbe sine furto suo nomine possidere[6]). Als Dieb gilt er nur, wenn er die dem Fiduciar übergebene res fiduciae data eigenmächtig wegnimmt[7]). Vacuae possessionis traditio ist

---

[1]) Comm. zum Cod. Th. Lugd. 1665 I. p. 253 c. 2 . . . fiducia erat cum res aliqua . . . non tantum creditori dabatur, verum insuper ei mancipabatur vel in iure cedebatur.

[2]) Vergl. z. B. Puchta, Inst. § 247 Text zu Anm. f und g.

[3]) L. 18 D. de prec. 43, 26 (Lenel, a. a. O. S. 119 f.).

[4]) arg. L. 23 pr. u. § 1 D. de pign. 20, 1.

[5]) L. 11 § 13 D. de a. e, v. 19, 1.

[6]) Gaius III, 201.

[7]) L. 22 pr. D. de pign. a. 13, 7 (Lenel, a. a. O. S. 108 f.). Angesichts dieser Stelle lässt sich auf Grund von Gaius III, 201 die herrschende Ansicht (Dernburg, Pfdr. I. S. 24 f.), dass der Fiduciant durch eigenmächtige Wegnahme der fiducia kein furtum begehe, nicht aufrecht erhalten. Auch ist die condictio ex causa furtiva in L. 22 pr. D. cit. nicht — wie arg. L. 12 § 2 D. de cond. furt. 13, 1 angenommen wird — eine condictio incerti (Arndts, Pand. 12. Aufl. § 323 A. p.) sondern, da kein Pfandgläubiger vielmehr der (fiduciarische) Eigenthümer Kläger ist, eine condictio triticaria L. 1 § 1 D. de cond. trit. 13, 3, L. 8 pr. § 1 D. de cond. furt. 13, 1.

Digitized by Google

aber gerade bei Immobilien, worauf ursprünglich die Pfandfiducia in der Hauptsache wohl beschränkt war, immer nicht Wirkung des Mancipationsaktes.

Nun ist wohlbezeugt[1]), dass das pactum fiduciae seinen Anschluss nicht finden konnte an irgend welche jenseits der in der mancipatio (oder in iure cessio) liegenden datio, und dass desshalb die mit der Mancipation verbundene oder derselben nachfolgende Besitztradition nicht unmittelbar unter dem Einfluss des pactum fiduciae stand. Insbesondere kann als Mancipationswirkung niemals die Begründung des Usucapionsbesitzes in Betracht kommen. Desshalb ist nicht von ferne an die Analogie der dotis datio zu denken, obgleich auch hier blosse possessionis traditio nicht hinreicht zur Dosbestellung. Durch dotis datio kann ja allerdings, auch bei mangelndem Eigenthumsübergang dos alsbald zu Stande gebracht werden, woferne dem Mann condicio usucapiendi verschafft wurde. Anders verhält sich dies bei der fiducia. Denn es gibt keinen Titel pro mancipato bezw. pro in iure cesso, oder gar, entsprechend dem Titel pro dote, einen solchen pro fiducia.

Danach bleibt nichts anderes übrig, als das „reale Element", welches dem pactum fiduciae Klagbarkeit verleiht, genauer zu bezeichnen als „Rechts"- oder „Eigenthumsübertragung"[2]).

Wir lassen vorläufig dahingestellt, ob diese Auffassung der actio fiduciae zutreffend ist für ihre schliessliche Entwicklung. Mindestens ergibt sich aus derselben für den historischen Ausgangspunkt der Klagbarkeit des pactum fiduciae ganz von selbst eine feste civilrechtliche Grundlage[3]).

Das pactum conventum stellt sich von dem eingenommenen Standpunkt aus von vornherein dar nicht als nudum pactum, sondern als eine, wenngleich nicht solenn nuncupirte, lex dationi dicta, welche — ohne dass von dinglicher Wirkung derselben gesprochen werden könnte — ganz ebenso civil-

---

[1]) Gaius, II, 59 (Isidor. orig. V. 25 § 23).

[2]) Degenkolb, Zeitschr. f. R.-G. Bd. 9, S. 178. Pernice, Labeo Bd. 1, S. 424. Bekker, Akt. Bd. 1, S. 125 f.

[3]) Bekker und Pernice a. a. O.


Digitized by Google

rechtlich obligirt, wie die mit der Eigenthumstradition einer res nec mancipi verbundene lex dationi dicta. Die letztere unterscheidet sich von der ursprünglichen Gestalt unseres pactum conventum nur dadurch, dass sie der Tradition gegenüber kein selbständiges Dasein führen kann und desshalb mit ihr verbunden entweder zum dinglichen Vorbehalt oder zum eingliedrigen Realcontract werden muss[1]). Noch die spätere Terminologie, wonach die fiduciarische Beredung als lex privata, nicht als pactum characterisirt wird[2]), lässt nicht undeutlich diese ihre historische Herkunft errathen.

So dürfen wir denn, ohne genöthigt zu sein an die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung über die actio ex causa fiduciae cum creditore in das alte Grundrecht zu glauben[3]), allen dagegen vorgebrachten Bedenken zum Trotz, die civilrechtliche Quelle der actio fiduciae directa in der That suchen in einem Satz des Zwölftafelrechtes.

Das Zwölftafelgesetz aber, an welches die Interpretation die Klagbarkeit unserer speciellen lex rei suae dicta anzuknüpfen vermochte, ist nicht der Satz: uti nuncupassit etc., woraus nur der mancipio dans und unmöglich ausnahmsweise der mancipio accipiens[4]) verpflichtet werden könnte, sondern es ist der Satz: uti legassit — ita ius esto[5]).

Zunächst scheint sich aus der sub lege remancipationis erfolgten Mancipation nicht mehr und nicht weniger zu ergeben als der streng einseitige Anspruch des mancipio dans auf Rückgabe des dem Fiduciar übertragenen Rechtes, also ein certam rem dare oportere. Im einzelnen Fall, vor allem wenn keine Besitzübergabe erfolgt war, konnte sich auch in der That das Petitum des Fiducianten im Remancipationsanspruch erschöpfen, so dass hier die actio fiduciae wohl einmal geradezu als condictio triticaria fungiren mochte.

Allein die actio fiduciae hätte von vornherein nicht und, je mehr die fiduciae causa mancipatio (i. i. c.) dem Pfand-

---

[1]) Bechmann, Kauf Bd. 1, S. 292 ff.

[2]) Gaius I, 140. 172.

[3]) Wie Voigt, Ius nat. Bd. 3 A. 860 und Bd. 2, S. 542.

[4]) So Voigt, XII t. Bd. 2, S. 171.

[5]) F. Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligationen (1874) S. 28 f. 34 A. 69.

Digitized by Google

rechtsgedanken dienstbar gemacht werden sollte, um so weniger ihrem Zwecke entsprochen, wenn ausser dem dare nicht auch ein facere mit ihr hätte eingeklagt werden können. Unentbehrlich wird diese erweiterte Function der actio fiduciae, sobald wir uns den Besitz zufolge der mancipatio f. c. an den Fiduciar übergegangen denken.

Wir haben also zu fragen, ob die lex suae rei dicta einem derartig erweiterten Anspruch gleichfalls als Basis dienen kann, oder ob, damit zu der auf die modificirte Eigenthumsübertragung fundirten Remancipationspflicht eine auf facere gerichtete Verbindlichkeit hinzuzutreten vermöchte, nothwendigerweise ein Faustpfandrealcontract mit der fiducia verbunden werden muss.

Zweifellos ist dies möglich, ohne dass hiezu ein pigneraticischer Contract erforderlich wäre. Denn dem Fiduciar wurde Eigenthum übertragen mit der Auflage der Remancipation. Daraus ergibt sich neben der Verpflichtung zur Rückgabe des Eigenthums für den mancipio accipiens ex fide bona auch noch die weitere Obliegenheit, das ihm übertragene Eigenthum als demnächst zu restituirendes, mit einem Wort als fiducia, zu behandeln. Durch die lex dationi dicta erwirbt daher der Fiduciant nicht allein den eventuellen Remancipationsanspruch, sondern durch sie hat er sich auch verwahrt gegen allen Nachtheil, der ihm aus der Treulosigkeit des Empfängers der fiducia erwachsen könnte. So zeigt sich, wie aus der fiduciae causa erfolgten Mancipation sub lege remancipationis für den mancipio dans nicht nur der Anspruch auf ein certum (dare, Remancipation) sondern gleichzeitig auch der Anspruch auf ein incertum (facere) entstehen konnte. G l e i c h z e i t i g, d. h. die obligatorische Bindung des mancipio accipiens ist nach beiden Richtungen hin (sowohl was die Remancipationspflicht als was die auf facere gehende Verbindlichkeit desselben anbetrifft) existent geworden mit dem Augenblick, in welchem die fiduciarische Beredung ihr reelles Fundament an der Rechtsübertragung gefunden hat; von diesem Zeitpunkt an soll sie nach dem Willen der vertragschliessenden Parteien wirksam werden. Sie kann es auch, obgleich zur A n s t e l l u n g der actio fiduciae regelmässig noch weitere Erfordernisse nothwendig sind: beispielsweise

Digitized by Google

Verletzung der schuldigen Diligenz oder Nichtrestitution der in Besitz genommenen fiducia nach bezahlter Schuld. Denn diese weiteren Erfordernisse können lediglich als Nativitätsmomente der actio fiduciae in Betracht kommen: durch nachlässige Behandlung des fiduciirten Gegenstandes, durch Nichtrestitution wo zurückgegeben werden sollte, verletzt der mancipio accipiens eine bereits bestehende durch die mancipatio fiduciae causa ins Leben gerufene Verbindlichkeit.

II.

Ist demnach der eigenthumsübertragende Effect der Mancipation das ursprüngliche civilrechtliche Fundament für die aus dem pactum fiduciae abgeleitete Klage des Fiducianten gewesen, so scheint für den Fall, dass Nichts aus der Hand des Fiduciabestellers übergeht in diejenige des Empfängers, sondern jede dingliche Wirkung der Mancipation versagt, dem pactum fiduciae die Fähigkeit, eine civilrechtliche Klage zu erzeugen, abgesprochen werden zu müssen. Bleibt ja doch das pactum conventum bestehen nurmehr als nudum pactum, und solchergestalt ist es nicht geeignet, dass daraus ein dare facere oportere abgeleitet wird.

Indessen wäre voreilig zu behaupten, es müsse sich dies in dem ausgebildeten bonae fidei iudicium in der That so verhalten haben. Das ist eben die Frage, ob das Erforderniss der datio, durch welche das pactum fiduciae von Haus aus erst klagbar wurde, auch in der späteren Entwicklung entweder überhaupt oder doch in der Weise festgehalten worden ist, dass dasselbe in jedem concreten Fall verlangt worden wäre.

Soviel aber lässt sich allerdings sagen, dass s o l a n g e dies der Fall war, denegatio actionis bezw. Absolution eintreten musste, sobald sich der Mangel des eigenthumsübertragenden Effectes der Mancipation herausgestellt hatte. Denn stets war es eine Frage des strengen Rechts, ob der vom Kläger behauptete Geschäftsabschluss in civilrechtlich wirksamer Weise erfolgt sei; nur Dasein und Umfang der eventuell daraus resultirenden Restitutions- oder Leistungsverbindlichkeit sollte ex fide bona vom Richter normirt werden.

Digitized by Google

Auch wenn nachträglich zufolge der Fiduciirung z. B. durch Verkauf der res fiduciae data oder durch Consumption ihrer Früchte etwas in's Vermögen des Fiduciars gekommen sein sollte, kann dadurch nicht dem von Haus aus unwirksamen pactum fiduciae ex post Klagbarkeit verliehen werden. Denn nicht allein, dass hier keine dingliche Wirkung des solennen Rechtsübertragungsaktes, an welche doch ausschliesslich das pactum fiduciae seine Anlehnung finden konnte, in Frage steht; es scheitert der Versuch solchenfalls an eine Convalescenz der fiducia zu denken schon an der Unmöglichkeit successiver Entstehung von Realcontracten.

Zu einem dare oder dare facere mag der Verkäufer bezw. Consument dem Eigenthümer der res fiduciae data oder dem Schuldner gegenüber immerhin ex re (quasi ex contractu) verpflichtet werden. Solche Verpflichtung trifft ihn aber nicht in seiner Eigenschaft als mancipio accipiens ex causa fiduciae dem Fiducianten gegenüber und seine Verurtheilung hat nicht Infamie zur Folge [1]).

Wir können uns seine rechtliche Stellung dadurch klarer zu machen versuchen, dass wir dieselbe vergleichen mit derjenigen des Darlehensempfängers fremder Geldstücke, welcher dieselben consumirt hat.

Auch hier vermag der nachträglich erfolgte nicht credendi causa vom Darleiher vermittelte Eigenthumserwerb des Empfängers mit den im Voraus erbrachten voluntaren Bestandtheilen des Realcontracts nicht der Art in Verbindung gesetzt zu werden, dass dadurch die ursprünglich wirkungslos gebliebene mutui datio zu Kräften käme. Und wenn bezeugt wird, dass consumpta pecunia der Empfänger dem Darleiher zum dare verpflichtet werde, so ist dies nicht so aufzufassen, als ob er nach der Consumtion aus dem früher zwar gewollten aber nicht bewirkten Darlehensempfang zu schulden anfange. Dieser convalescirt nicht zufolge der Consumtion. Letztere vermag vielmehr die Darlehensschuld nur um desswillen zu erzeugen, weil und soferne zur Zeit da sie erfolgt ist, Willensübereinstimmung unter den Parteien angenommen

---

[1]) Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant (L. 36 D. de O. et A. 44, 7).



werden muss darüber, dass die Consumtion der nummi ihre Numeration repräsentiren solle[1]). Nun ist aber die Annahme einer entsprechenden fiduciarischen Uebereinkunft in Beziehung auf nachfolgenden nicht durch die mancipatio oder in iure cessio vermittelten Rechtserwerb, schon aus dem Grunde undenkbar, weil ausweislich der Quellen solcher Convention ungeachtet nachträglicher Eigenthumserwerb gar nicht die actio fiduciae zu erzeugen vermöchte[2]).

Dazu kommt ein weiterer Gegensatz von mutuum und fiducia. Der condictio certi, weil in ihrer Formel die causa des Anspruchs nicht verlautbar gemacht wurde, sah man es an- und für sich nicht an, ob sie im einzelnen Process zur Realisirung einer Forderung aus Stipulation, Expensilation u. s. f. angestellt, oder auf mutui datio bezw. — sei es ex contractu oder quasi ex contractu — auf Consumtion der dargeliehenen nummi alieni basirt war. Und dies mag der Grund sein, wesshalb im letztgedachten Fall nicht selten an ein successives Zustandekommen, eine Convalescenz des Darlehenscontractes gedacht wird[3]), wie denn auch Julian — obgleich auf diese Weise die Person des Berechtigten und des Verpflichteten nicht durchweg zutreffend bestimmt wird[4]) — den allgemeinen Satz aufstellen konnte: qui alienam pecuniam credendi causa dat consumpta ea habet obligatum eum qui accepit[5]).

Anders bei der fiducia, wo formelgemäss der Richter nicht zu untersuchen hat, ob aus irgend einem Grunde, sondern ob ex causa fiduciae eine Verpflichtung des mancipio accipiens dem mancipio dans gegenüber zu Stande gekommen sei. Hier muss desshalb der Iudex, sobald sich herausstellt, dass die fiduciae causa vorgenommene Mancipation oder in

---

[1]) L. 32 D. de reb. cred. 12, 1 hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest. Desshalb ist in L. 12 D. h. t. und L. 24 pr. § 1. 2. D. de O. et A. 44, 7 an condictio sine causa (nicht ex mutuo) zu denken.

[2]) Gaius II, 59.

[3]) Vergl. etwa Pomponius in L. 8 D. de reb. cred. 12, 1 und dazu Wendt, cond. ex poen. S. 72.

[4]) Z. B. nicht für Fälle wie in L. 11 § 2 L. 13 pr. D. de reb. cr. 12, 1. Vergl. auch L. 12 D. cit. 12, 1. L. 24 pr. D. cit. 44, 7.

[5]) L. 19 § 1 D. de reb. cr. 12, 1.

Digitized by Google

iure cessio dinglich wirkungslos war, auch dann noch zum Ergebniss gelangen: ex causa fiduciae bestehe keine Obligation, wenn aus andern Gründen ein dare aut facere oportere des Beklagten dem Kläger gegenüber vorhanden sein sollte.

Der naheliegende Einwand, dass ohne Uebergabe der fiduciirten Sache actio fiduciae directa niemals nata, durch die Hingabe aber re die Obligation des Fiduciars begründet werde, trifft nach beiden Richtungen nicht zu. Denn einmal ist unrichtig, dass zur Nativität der actio fiduciae Hingabe unerlässliches Erforderniss wäre. Die Hauptverpflichtung des Fiduciars ist unabhängig vom Besitzübergang, ja sie ist, woferne sie sich in der Remancipationspflicht [dem proprietatem remancipare[1])] erschöpfen und nicht auf mehr oder weniger als Rückgabe des Eigenthums gehen soll, grade nur dann möglicherweise vorhanden, wenn Besitz an den Fiduciar nicht übertragen worden ist.

Weiterhin ist überhaupt zu sagen, dass doch immer nur die eine Seite der Obligation des mancipio accipiens die Natur der Realcontracte der Art theilt, dass von ihr der Satz des Paulus[2]) gilt: re non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. Nicht nur vom Besitz- sondern in gleicher Weise auch vom Eigenthumsübergang unabhängig ist das fiduciarische Klagbegehren begriffsmässig in allen den Fällen, in welchen dasselbe nicht sowohl auf Rückgabe und das damit im Zusammenhang stehende facere, als vielmehr darauf gerichtet ist, die dem Fiduciar unabhängig vom Eigenthum eingeräumten Befugnisse auf das Maass pfandrechtlicher Zwecke zu reduciren. Man denke nur beispielsweise an die Anstellbarkeit der actio fiduciae de superfluo oder in dem Fall si non ita ut oportuit a creditore fiducia distracta sit. Denn distrahiren kann der Fiduciar, ohne dass ihm die fiduciirte Sache übergeben worden wäre, und nach der schliesslichen Gestaltung unseres Geschäftes hat er das Recht, als Fiduciar wenn gleich nicht als Eigenthümer zu verkaufen. Grade in diesen mit der Remancipationsverbindlichkeit nicht

---

1) Frag. Vat. § 51.

2) L. 17 pr. D. de pactis 2, 14.

Digitized by Google

verknüpften Leistungspflichten des mancipio accipiens ist das characteristische Merkmal der vollentwickelten fiduciarischen Obligation zu erblicken, wesshalb denn auch keineswegs jede Klage aus einer lex ut remancipetur identisch ist mit der actio fiduciae [1]).

Was sodann aber die mit der Mancipation gleichzeitig erfolgte oder derselben nachfolgende Besitzübergabe betrifft, so kann durch dieselbe, soferne sie iure pignoris an den Fiduciar und nicht nur solvendi causa als vermeintlichen Eigenthümer an denselben erfolgt, ein Realcontract allerdings existent werden. Aber dies ist nicht der fiduciarische sondern der pigneraticische, bezw. es ist ein Innominatcontract [2]).

Die hier gefolgerte Abhängigkeit des Zustandekommens nicht allein der auf dare — denn hier ist solche Abhängigkeit wohl selbstverständlich — sondern auch der auf facere gehenden Verpflichtung des Fiduciars vom Eigenthumsübertragungseffect der Mancipation, wird zutreffen müssen, so lange diese beiden Seiten der fiduciarischen Verpflichtung aus der lex dationi dicta heraus verstanden wurden.

Eine entfernte Analogie würde von den benannten Realcontracten (abgesehen vom contractus pigneraticius bei Hypothek, wovon unten zu sprechen sein wird) bieten einzig und allein das mutuum [3]). Commodat, depositum (auch als receptum), Faustpfand kommen nicht durch Rechtsübertragung zu Stand, wesshalb für die Anstellbarkeit der actio directa ganz gleichgiltig ist ob der Commodant u. s. f. Eigenthümer ist oder nicht [4]). Auch die dotis datio darf nicht zur Vergleichung herangezogen werden. Denn abgesehen davon, dass durch Hingabe einer res aliena unter Umständen dos bestellt werden kann, ist heutzutage darüber kaum ein Zweifel, dass die Dotalobligation nicht schon mit der Dosbestellung existent

---

[1]) Gaius I, 140. Coll. II, 3, 1 und dazu Voigt, XII tafeln, Bd. 2, S. 171, A. 10.

[2]) Vergl. L. 31 pr. D. de adqu. rer. dom. 41, 1 und dazu Lenel, a. a. O. S. 114 f.

[3]) L. 2 § 2. 4 D. de R. C. 12, 1. Gaius II, 81. 82.

[4]) L. 15 L. 16 D. comm. 13, 6. Paulus II, 12, 1 (Coll. X, 7, 1) L. 64 pr. D. de iud. 5, 1. L. 1 § 39 L. 31 § 1 D. dep. 16, 3. L. 1 § 7 D. naut. caup. 4, 9 vergl. mit L. 3 § 1 D. eod. L. 9 § 4 D. 13, 7.

Digitized by Google

werden, also gar nicht aus einem Realcontract resultiren kann[1]).

Indessen selbst die Analogie des mutuum würde nur dann ganz zutreffend sein, wenn daraus auf dare facere hätte geklagt werden können, m. a. W. wenn es sich bei der Darlehensklage um eine modificirte condictio certi handeln würde entsprechend der „gemilderten“ condictio triticaria, als welche die actio fiduciae in ihrer ältesten Gestaltung in der That zutreffend von Rudorff[2]) seinerzeit characterisirt worden ist. Mit dem Anspruch auf dare müsste auch bei sogestaltetem mutuum im Falle ausbleibenden Eigenthumsübergangs derjenige auf facere in die Brüche gehen. Man sage nicht, dass dies bei der fiducia um des bonae fidei Characters willen, der diesem Geschäft nie ganz gefehlt haben wird, anders gewesen sein müsste. Denn woferne nur an dem Gesichtspunkt des legare suae rei bei der fiducia festgehalten wurde, erheischt grade die bona fides, dass durch die Wirkungslosigkeit der datio immer auch die ihr mit auf den Weg gegebene lex dicta matt gesetzt wird.

Dies zeigen deutlich die Innominatcontracte, soweit es sich bei ihnen um ein legem dicere suae rei handelt. Sie sind bonae fidei, aber grade desshalb muss auch, wenn sich der Mangel der datio herausstellt, der Anspruch auf Erfüllung der lex dicta in Wegfall kommen, es mag durch dieselbe ein dare oder ein facere verlangt worden sein[3]). Von ferne darf noch an die Verpflichtungen des Nutzniessers erinnert werden, die mit dem Aufhören des ususfructus selbst in Wegfall kommen[4]).

Sobald trotz unwirksamer datio einerseits die Erfüllung der sogen. lex dicta, andererseits von der erfüllenden Gegenpartei Ersatz für die ausgebliebene datio verlangt werden kann, handelt es sich nicht mehr um eine lex dationi dicta, sondern unvermerkt hat ein neuer Gesichtspunkt angefangen

---

[1]) Vergl. übrigens auch L. 11 D. sol. matr. 24, 3.

[2]) Zeitschr. f. gesch. R.-W., Bd. XIII, S. 184.

[3]) Vergl. auf der einen Seite L. 1 § 3 D. de rer. perm. 19, 4 und dazu Lenel, in Ihering's Jahrb. Bd. 19, S. 180, andererseits L. 5 § 2 (L. 13 § 1) D. de praescr. verb. 19, 5 vergl. mit L. 7 § 2 D. de pact. 2, 14.

[4]) L. 64 D. de usufr. 7, 1.

Digitized by Google

die betreffende Rechtsgeschäftsfigur zu beherrschen: an Stelle der einseitigen lex dationi dicta ist getreten eine wechselseitige Vereinbarung, ein contractus.

III.

Ist der historische Ausgangspunkt der actio fiduciae im Bisherigen richtig erkannt worden, so ist auch alsbald einleuchtend, wie weit dieselbe sich in ihrer späteren Entwicklung von demselben entfernt hat. Mehr und mehr gewinnt das voluntare Element auf Kosten des realen an Bedeutung.

In der classischen Zeit erscheint die fiduciarische Clausel nicht mehr als Modification der durch die Mancipation sich vollziehenden datio, sondern als Vertrag, welcher iure pignoris mit dem Gläubiger contrahirt[1]) und — was mit Unrecht ganz allgemein in Abrede gezogen zu werden pflegt[2]) — geradezu als contractus bezeichnet wird[3]).

Aber schon zur Zeit Cicero's hat die fiducia aufgehört ein ausschliesslich dem ius civile angehöriges Realcreditgeschäft zu sein; denn ohne Uebertragung quiritarischen Eigenthums, und auch an res nec mancipi, kann nunmehr fiducia bestellt werden[4]).

Die Erinnerung daran, dass die fiducia von Haus aus keine neue Rechtsgeschäftsfigur sein, sondern lediglich die Mancipation und in iure cessio der Erreichung pfandrechtlicher Zwecke dienstbar machen wollte, verschwindet.

Dies macht sich bemerklich schon in der veränderten Terminologie. An der Stelle des alten durchsichtigen die Structur unseres Rechtsgeschäfts hervortreten lassenden Ausdrucks fiduciae causa mancipio dare oder mancipare, der noch

---

[1]) Gaius II, 60 fiducia contrahitur cum creditore pignoris iure.

[2]) Bechmann, Kauf Bd. 1, S. 291. Bekker, Akt. Bd. 1, S. 125.

[3]) Contractus (Ulp. in L. 24 pr. D. de pign. act. 13, 7 und dazu Lenel, a. a. O. S. 111) im Gegensatz zur rei s. fiduciae obligatio (L. 24 pr. cit.) aber ganz entsprechend dem contractus pignoris in L. 39 D. de pign. act. 13, 7. Vergl. auch L. 9 § 2 D. de sup. leg. 33, 10. L. 2 § 15 D. ad SC. Tert. 38, 17. L. 4 § 25 C. de bon. libert. 6, 4. § 8 J. de leg. adgn. succ. 3, 2.

[4]) Cicero, pro Flacco 21, 51 (L. 9 § 2 D. de supp. leg. 33, 10).

Digitized by Google

Gaius geläufig ist[1]), findet sich bei Paulus[2]) durchgehends die Verbindung fiduciae dare[3]). Demnächst kommt das Verbum fiduciare auf, welches bereits so wenig die Merkmale des alten Fiduciageschäftes kennzeichnet, dass dieses Wort frühzeitig nicht nur zur Bezeichnung der Vornahme einer fiduciae causa mancipatio oder in iure cessio, sondern auch in der Bedeutung „verpfänden" schlechtweg verwendet werden konnte[4]).

Die lex dationi dicta ist geworden zu einem pactum, quod legem contractui dat und worin in erster Linie dem Fiduciar obligatorische Rechte eingeräumt werden[5]).

Der fiduciarische Anspruch des mancipio dans steht ihm zu unabhängig davon, ob er Eigenthum durch die fiduciae causa mancipatio übertragen hat oder nicht, und ob er an sein Eigenthum glaubte oder vom Nichtvorhandensein desselben bei der Fiduciabestellung Kenntniss hatte[6]), also das mit der actio fiduciae Erlangte nicht definitiv für sich behalten soll[7]). Der Fiduciant hat demnach den Anspruch

---

[1]) II, 59. III, 201.

[2]) II, 13, 6. III, 6, 69. Vergl. auch Papinian in Frag. Vat. § 252[a].

[3]) Hierauf hat aufmerksam gemacht Gradenwitz, Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 7, S. 48.

[4]) Tertullian, de idololatria 23 pecuniam de ethnicis mutuantes sub pignoribus fiduciati . . . Ferner in mehreren Grabinschriften bei Bruns, fontes ed. 5 p. 307 f. Mit Recht bemerkt Muratorius, thes. inscr. p. 794 zu nr. 1: verbum fiduciare respondet Italico nostro impegnare.

[5]) Vergl. das pactum conventum auf der spanischen Fiduciartafel. „Der ganze uns vorliegende Abschnitt disponirt lediglich im Interesse des Gläubigers" Degenkolb, Zeitschr. f. R.-G. Bd. 9, S. 148.

[6]) Ulp. in L. 22 § 2 D. de pign. act. 13, 7. (Dazu Lenel, a. a. O. S. 109 f.) Anders beim mutuum. Der darleihende Dieb kann nicht wie die Glosse zu L. 13 pr. D. de reb. cred. 12, 1 annimmt die condictio ex mutuo anstellen gegen den Consumenten, sondern der Eigenthümer die condictio sine causa (L. 11 § 2 D. de reb. cred. 12, 1). — Beiläufig gesagt bedarf es nunmehr auch, nachdem die Beziehung der L. 22 § 2 D. cit. 13, 7 auf die fiducia nachgewiesen worden ist, keiner künstlichen Erklärung mehr dafür, dass in derselben der Pfandgläubiger als bonae fidei possessor aufgefasst wird. (Dernburg, Pfandrecht Bd. 2, S. 72.) Denn der besitzende Fiduciar kann natürlich in Bezug auf die Gewinnung der Früchte die Stellung eines bonae fidei possessor haben.

[7]) Alioquin lucretur aliquid praedo L. 36 § 3 D. de h. p. 5, 3.

Digitized by Google

gegen den Fiduciaempfänger erworben, nicht durch lex suae rei dicta, sondern er leitet ihn iure pignoris ab, beispielsweise aus der Thatsache, dass die Fiduciirung zur Befriedigung des Gläubigers geführt habe, oder dass die Schuld bezahlt worden sei, der Fiduciar aber die fiducia nicht restituirt habe[1]).

Endlich ergiebt sich aus der nicht ursprünglichen aber schliesslichen dogmatischen Gleichwerthigkeit der formula in ius concepta mit der formula in factum concepta für den Iudex die Möglichkeit ohne Rücksicht darauf, ob nach dem Zwölftafelgesetz ein dare facere oportere aus der Fiduciirung abgeleitet werden könne oder nicht, ex fide bona auf die Erfüllung solcher nunmehr schon kraft des contractus fiduciae bestehenden Pflicht zu erkennen.

IV.

Das Verständniss für die schliessliche Gestaltung der Pfandfiducia, vor allem für die Möglichkeit fiduciarischer Obligirung ohne Eigenthumsübergang kann man an und für sich auf doppeltem Weg zu gewinnen versuchen, je nachdem angesichts des Abschlusses der Entwicklung auf die Unrichtigkeit des hier angenommenen Ausgangspunktes derselben geschlossen, oder trotzdem an der lex suae rei dicta als historischer Wurzel der actio fiduciae festgehalten wird.

Der erstgedachte begangenere Weg gilt insbesondere seit Jhering's Schuldmoment wohl Vielen als der allein richtige. Er führt nothwendig zur Negation einer alten civilen zwölftafelsässigen actio fiduciae und leicht zu der Annahme einer privaten Delictsklage wegen Treubruchs als ursprünglichem Surrogat der späteren bonae fidei obligatio. Die Spuren dieses Entwicklungsganges glaubt man vorzufinden hauptsächlich in dem infamirenden Charakter der actio directa des bonae fidei Contractes. Als „neues gewichtiges Argument" gegen das Vorhandensein einer alten civilen actio betrachtete früher Lenel[2]) die von ihm nachgewiesene in factum concipirte

---

[1]) Ulp. in L. 22 § 2 D. cit. 13, 7 und L. 24 § 1 D. h. t. (dazu Lenel, a. a. O. S. 111 f.).

[2]) Sav.-Zeitschr. Bd. 3, S. 112. Indessen glaubt Lenel jetzt selbst (Ed. S. 234) an die Existenz einer legis actio fiduciae, der die von

Digitized by Google

Formel unserer Klage. Danach würde die actio fiduciae, deren Ursprung im Edict zu suchen und für die erst nachträglich eine in ius concipirte Formel proponirt worden wäre, den von Wlassak versuchten Nachweis der Reception von Sätzen honorarischen Ursprungs in das Civilrecht bestätigen.

Allein gegen die Möglichkeit einer derartigen Entwicklung der fiducia, speciell auch gegen die Auffassung der actio fiduciae in factum als der älteren ursprünglich einzigen Klagform, spricht so gut wie Alles.

Die Anschauung, wonach lange Zeit hindurch die fiduciarische Beredung nicht klagbar, sondern ausschliesslich auf die fides des Empfängers abgestellt gewesen wäre, beruht wesentlich auf der unrichtigen Voraussetzung, dass das pactum fiduciae mit der Mancipation und in iure cessio die Publicität gemein gehabt [1]) und darum den mancipio accipiens in wirksamer Weise, auch so lange desswegen nicht processirt werden konnte, an sein Wort zu binden vermocht habe.

Wie wenig nachweisbar sowohl als wahrscheinlich grade bei der fiducia fernerhin das Vorhandensein eines delictischen Anspruchs als Vorläufers der bonae fidei Klage sei, ist neuerdings schon mehrfach mit so guten Gründen ausgeführt worden, dass wir denselben nichts hinzuzufügen wüssten [2]).

Was insbesondere das behauptete Altersverhältniss der beiden Formeln betrifft, so wird auch dieses nicht einmal im Grossen und Ganzen einhellig für alle Doppelformeln bestimmt werden dürfen. In Ansehung der fiducia bleibt uns kaum ein Scrupel von Zweifel darüber, dass die actio in factum erst

---

Cicero, de off. III, 17 (70) überlieferte Clausel uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem angehört haben soll (vergl. dagegen mit Recht Rudorff Zeitschr. f. R.-G. Bd. 11, S. 61 und 86); scheint also seine in der Sav.-Zeitschr. a. a. O. ausgesprochene Ansicht zurückgenommen zu haben.

[1]) Gaius II, 104 nuncupare est enim palam nominare.

[2]) Pernice, Labeo Bd. 1, S. 424. Bechmann, Kauf Bd. 1, S. 295 A. Vergl. auch Bekker, Akt. Bd. 1, S. 125 f. 145. 307 und speciell über Consult. vet. ICti. VI, 8, wo scheinbar den Erben des Fiducianten die Anstellbarkeit der actio fiduciae versagt wird, Dernburg, Pfandr. Bd. 1, S. 15 f.

Digitized by Google

nachträglich zu der alten civilen actio hinzukam, als diese letztere in das Rechtsleben längst eingeführt worden war.

Enthält ja doch von den klagbegründenden Thatsachen, welche in der formula in factum concepta namhaft gemacht wurden[1]), keine einzige einen Hinweis auf die alte Structur, sondern eine jede nur auf den Zweck des Fiduciageschäftes. Wenn dieser erfüllt, d. h. wenn der Gläubiger solutione, satisfactione oder oblatione befriedigt ist, dann soll die honorarische actio fiduciae anstellbar sein. Darauf ob dieser Zweck mit den Mitteln des ursprünglichen Fiduciageschäftes, d. h. durch provisorische Eigenthumsübertragung, oder sonstwie erreicht worden ist, reagirt die in factum concipirte formula in keiner Weise. Auf solche specifisch pfandrechtliche Basis konnte aber die actio fiduciae gestellt werden erst zu einer Zeit, da der alte schwerfällige Bau und die ursprüngliche unbehülfliche Anlage unseres Geschäftes dem durch dasselbe zu erreichenden Zweck bereits zum Opfer gefallen und der Pfandrechtsgedanke selbst zu reifer Entwicklung gelangt war. In relativ so späte Zeit wird aber Niemand die Entstehung unserer Klage setzen wollen; nur an die Umgestaltung oder Weiterbildung der vorhandenen actio wird man glauben können.

Dazu kommt, dass uns das Dasein einer mit bonae fidei Charakter mehr oder weniger intensiv ausgestatteten actio fiduciae für den Legisaktionenprocess, in welchem für eine in factum componirte actio, wenn nicht überhaupt, so doch jedenfalls im Sinn der späteren selbständigen Formelbildung des Prätors, gar kein Raum war, zwar nicht ausdrücklich bezeugt aber doch sehr wahrscheinlich gemacht wird durch die bekannte von Cicero[2]) überlieferte Formel: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Denn wenngleich Cicero[3]) dieselbe ausdrücklich als formula fiduciae bezeichnet, wird man sich doch dem Eindrucke schwerlich entziehen können, dass diese Clausel in ihrer alterthümlichen Fassung (agier) ursprünglich einer legis actio fiduciae in ius

---

[1]) Lenel, Ed. S. 233.

[2]) de off. III, 17 (70). III, 15 (61). top. XVII, 66. ad fam. VII, 12, 2.

[3]) ad fam. l. c. (VII, 12, 2).

Digitized by Google

concepta[1]) [per condictionem?[2])] angehört haben müsse, und späterhin thunlichst unverändert[3]) in die formula herübergenommen worden sei. Dies wird einigermaassen bestätigt durch eine Reihe anderer Zeugnisse, aus denen hervorzugehen scheint, dass die actio fiduciae zur Zeit des Quintus Mucius Scävola und Cicero's bereits als altes Prototyp der bonae fidei negotia gegolten hat[4]), zu den infamirenden Klagen gezählt wurde[5]) und im Edict von Haus aus ihren Platz hatte unter dem Titel de bonae fidei contractibus. Die freie arbiträre Behandlung, welche schon damals das iudicium fiduciae in ganz besonderem Maasse erheischte, sowie die riskante Stellung des Beklagten bei demselben, mag denn auch die Veranlassung dazu gewesen sein, dass ausweislich des kürzlich aufgefundenen Fragmentum Atestinum das iudicium fiduciae (von der Einwilligung des Beklagten abgesehen) der Competenz der Municipalmagistrate entzogen war, selbst dann, wenn die Maximalsumme nicht erreicht wurde[6]).

Es existirte also eine alte civile actio fiduciae[7]). Da erhebt sich nun alsbald die Frage, wie dieser Anspruch, den wir uns nach Analogie mancher gleichartiger Bildungen des älteren Rechts von vornherein nur aus dem ursprüng-

---

[1]) Puntschart, grundges. Civilr. S. 289. Karlowa, Civilpr. S. 143. Voigt, XII tafeln, Bd. 2, § 121, A. 1.

[2]) Arg. Gaius IV, 33. Vergl. Demelius, Zeitschr. f. R.-G. Bd. 2. S. 236 f. Bekker, Akt. Bd. 1, S. 148, A. 44, S. 154 f. (Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 1, S. 154, A. 27.)

[3]) L. 10 D. de in diem addict. 18, 2 und dazu Lenel, Sav.-Zeitschr. Bd. 3, S. 118 f.

[4]) Cicero, de off. III, 17 (70). de nat. deor. III, 30 (74). pro Roscio Com. VI, 16.

[5]) Cicero, top. X, 42, pro Caecina III, 7, lex Jul. mun. v. 111 sqq.

[6]) Vergl. die Ergänzung des ersten Satzes dieses Fragmentes von Mommsen, Hermes Bd. 16, S. 24 ff. und in Bruns, fontes ed. 5, p. 100.

[7]) Sohm, Inst. 2. Aufl., S. 36, A. 10 spricht nur von actio fiduciae in factum. Dass aber eine actio fiduciae in ius existirte, ist nach dem hier eingenommenen Standpunkt selbstverständlich. Wem für die Annahme derselben das hohe Alter der actio fiduciae, das Vorhandensein einer actio contraria, die Bezeichnung der fiducia als contractus, der bonae fidei Charakter sowie die Perpetuität unseres Iudicium's nicht genügen, findet übrigens ein so gut wie ausdrückliches Zeugniss für die formula fiduciae in ius concepta bei Gaius, IV, 33.

Digitized by Google

lichen Wesen des pactum conventum als einer lex dationi dicta abzuleiten vermochten[1]) schliesslich von der datio und damit überhaupt irgend welchem reellen Effect des solennen Rechtsübertragungsaktes freikommen konnte.

Hat das Civilrecht von sich aus den Weg von der lex dationi dicta zu freier wechselseitiger Beredung gefunden, so dass lediglich eine durch Wissenschaft und Praxis vermittelte Weiterbildung unserer alten civilen actio in Frage stünde, oder kommt ein neuer nicht civiler sondern honorarischer Rechtsgedanke bei dieser Entwickelung mit in's Spiel?

Dass die erste Alternative ein Ding der Unmöglichkeit sei, wird kaum Jemand zuversichtlich behaupten wollen. Denn wer sagt uns, dass die Jurisprudenz und Rechtsprechung schlechterdings ausser Stand gewesen wären durch immer vertieftere Erfassung des bonae-fidei-Gedankens endlich gradezu auch eine Umgestaltung des Klagfundamentes des fiduciarischen Anspruches selbst, wenn nicht der Form so doch der Sache nach, in aller Stille zu Wege zu bringen?[2])

Wenn von einem Eingriff des Prätors in die Weiterentwicklung der actio fiduciae nichts bekannt wäre, müsste und könnte man versuchen diese Möglichkeit im Einzelnen auszudenken.

Darauf hier einzutreten sind wir aber um desswillen enthoben, weil in der That an eine unmittelbare Mitwirkung des Prätors bei der Fortbildung der actio fiduciae zu glauben und von vornherein die grösste Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden ist, dass gerade sie es war, welche den Anstoss gegeben hat zur Emancipation unseres Anspruchs vom Gesichtspunkt der lex dationis.

Die deutliche Spur solcher prätorischen Neuerung finden wir in der formula fiduciae in factum concepta, welche im Edict, wie nunmehr von Lenel nachgewiesen ist, neben der actio depositi proponirt war[3]).

---

[1]) Bekker, Akt. Bd. 1, S. 125 f.

[2]) Vergl. Hartmann, in Jhering's Jahrb. Bd. 20, S. 32, aber auch oben II. Abs. 3.

[3]) Lenel, i. d. Sav.-Zeitschr. Bd. 3, S. 104 ff., 177 ff. Ed. S. 232 ff. und in Bruns, fontes ed. 5, p. 198. Richtig locirt ist die actio fiduciae im Edict auch von Mommsen, in Bekker's Jahrb. Bd. 2, S. 321, ja

Digitized by Google

Durch diese prätorische Klagformel sollte ebensowenig das Fiduciageschäft erst klagbar gemacht als der alte civile Anspruch aus der fiduciae causa erfolgten mancipatio ohne Einführung eines neuen Rechtsgedankens nurmehr mit neuem Klagmittel ausgestattet werden.

Um den in der Proponirung der actio in factum enthaltenen neuen Rechtsgedanken zu eruiren, ist nothwendig, etwas weiter auszuholen.

Die veränderte Function der actio fiduciae, welche durch die Proponirung der formula in factum concepta sich ergibt, hängt auf's engste zusammen mit der Umgestaltung des Rechtes der Pfandfiducia selbst.

In ihrer Geschichte lassen sich zwei Perioden unterscheiden. — Ursprünglich wurde der Zweck, dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen, zu erreichen gesucht, ausschliesslich in der Form provisorischer Eigenthumsübertragung. Die Rechtsübertragung war Mittel und zwar einziges Mittel zum Zweck. Wenn diese ausblieb, war mindestens die intendirte fiduciarische Sicherheit dem Gläubiger eben nicht verschafft worden.

Freilich war von Alters her für den Gläubiger die Möglichkeit gegeben, nicht nur in seiner Eigenschaft als Eigenthümer (= Fiduciar) zur Befriedigung zu gelangen. Er konnte, wenn er gleichzeitig bonae fidei Besitzer war, als solcher aus den Früchten der fiducia sich definitiv bezahlt machen; es mag ferner der Schuldner sehr häufig durch das Fiduciageschäft veranlasst, und zwar nicht weniger, wenn dasselbe dinglich wirkungslos war, seine Schuld abgetragen haben. Allein der Gläubiger übt in solchen Fällen kein Recht aus, das ihm vom mancipio dans im Fiduciageschäft übertragen und wodurch ihm kraft der fiduciarischen Clausel dem Mancipanten gegenüber Pflichten auferlegt worden wären. Ein solches Recht, dessen Erwerb den Fiduciar dem Fiducianten gegenüber verpflichtet, ist vielmehr der ursprünglichen Anlage der fiducia nach lediglich das Eigenthum.

---

schon von Giphanius, oecon. pandect. et ed. perpet. Frankof. 1606, p. 104 unten.


Digitized by Google

So lange die fiducia in der angegebenen Weise gestaltet war, konnte auch der fiduciarische Anspruch des mancipio dans vom Gesichtspunkt der lex rei suae dicta aus davon abhängig gemacht sein, dass eine datio (Eigenthumsübertragung) an den Fiduciar sich vollzogen hatte. Es entsprach dieser Structur der Pfandfiducia, dass ex causa fiduciae der Mancipant im Falle ausbleibenden Eigenthumsübergangs keinerlei Ansprüche an den mancipio accipiens haben, vielmehr auf rei vindicatio bezw. Condictionen verwiesen und eventuell er gar nicht, sondern direct der Eigenthümer oder Schuldner, wenn sie zu Schaden gekommen waren, zur Repetition berechtigt sein solle.

In ihrer schliesslichen Entwicklung hat die Pfandfiducia an diesem ihrem Ausgangspunkt nicht festgehalten. Es ist nicht mehr ausschliesslich die Eigenthumsübertragung, welche nunmehr als Mittel zur Erreichung des Pfandzwecks fungirt. Der Fiduciant thut was an ihm liegt, dass durch die Fiducirung, auch wenn dieselbe Eigenthumsübergang nicht bewirkt hat, für den Fiduciar die Möglichkeit zur Befriedigung zu gelangen dennoch zu Stande gebracht werde. Die Befriedigungsanwartschaft, die jenseits des Sachenrechtserwerbs der mancipio dans seinem Gläubiger zu verschaffen vermag, ist freilich keine reale, sie ist entziehbar. Er, der Fiduciant allein ist es, der persönlich für dieselbe einsteht, dem aber eben desshalb auch, so lange solche Befriedigungsanwartschaft vorhanden ist und vollends wenn sie zum Ziel geführt und den Schuldner liberirt hat, die actio fiduciae trotz ausgebliebenen Eigenthumsübergangs auf irgend welche Weise verschafft werden musste.

Die Spuren dieses Entwicklungsganges treten unverkennbar hervor, in dem der ursprünglichen Bedeutung der Verkaufsbefugniss des Fiduciars gegenüber durchaus veränderten Wesen der potestas vendendi des mancipio accipiens bei dem Fiduciageschäft der späteren Zeit. Der contractus fiduciae in seiner entwickelten Form stattet den Fiduciar[1]) aus mit der

[1]) Die Erstreckung der Verkaufsbefugniss auf den Erben des Fiduciars, welche in der spanischen Fiduciartafel noch ausdrücklich erfolgte, wurde späterhin, si nihil in contrarium actum est (L. 8 § 4 D. de pign. act. 13, 7), zu einem Naturale des Geschäfts.

Digitized by Google

obligatorischen Distractionsbefugniss, welche ihn in den Stand setzt, als Fiduciar, wenn gleich nicht mit Berufung auf sein Eigenthum, sich definitiv aus der fiducia zu befriedigen. Eine Verletzung der bona fides liegt darin noch nicht, dass der Fiduciar unterlässt, nachzuforschen, ob ihm Realsicherheit durch Eigenthumsübertragung verschafft worden sei. Es ist sein Recht zu verkaufen iure pignoris ohne sich darum zu kümmern[1]).

Ursprünglich war dies der Zweck des pactum de vendendo freilich keineswegs. Die Distractionsbefugniss ergab sich ja aus dem vollwirksamen Fiduciageschäft für den mancipio accipiens formell schon an und für sich. Diese Befugniss stand dem Gläubiger zu in seiner Eigenschaft als Eigenthümer. Auch durch die vertragsmässige Gestattung des Verkaufs „si pecunia soluta non esset" wollte dem Fiduciar kein Recht eingeräumt werden, das er nicht schon als Eigenthümer gehabt hätte. Umgekehrt vielmehr war die Tendenz, dadurch den Gläubiger-Eigenthümer zur ordnungsmässigen Ausübung seines Verkaufsrechts anzuhalten, also den Fiducianten zu schützen gegen rücksichtslose, insbesondere vorzeitige Veräusserung der fiducia von Seiten des interimistischen Eigenthümers. Denn nur wenn der Fiduciar so verkaufte wie ihm gestattet war, war er gesichert gegen die actio fiduciae des Mancipanten, welche nicht etwa durch das pactum de vendendo ausgeschlossen, vielmehr nach wie vor auf Remancipation gerichtet war[2]).

Soweit es sich nur um die bisher betrachtete Function des pactum venditionis handelte, wurde dieselbe vielleicht schon frühzeitig Essentiale der fiducia; es bedurfte nicht mehr der ausdrücklichen Einräumung des Verkaufsrechtes. Der fiduciarische Eigenthümer setzt sich durch einen Verkauf, woferne er nur ordnungsmässig erfolgte, der actio fiduciae nie aus, selbst dann nicht, wenn ihm die Distraction ausdrücklich untersagt worden wäre[3]): nec enim in tali conventione

---

[1]) Arg. L. 11, § 16 D. de a. e. 19, 1.

[2]) Arg. L. 4 C. de act. pign. 4, 24 pactum ... ut ... vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem.

[3]) a. A. Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 65, vergl. aber dagegen Dernburg, Pand. § 280, A. 4.

Digitized by Google

fiduciae actio nasci potest[1]). Gegen vorzeitige und rücksichtslose Ausübung der Distractionsbefugniss Seitens des Fiduciars aber war der Fiduciant geschützt auch ohne pactum de vendendo kraft der unser ganzes Geschäft beherrschenden bona fides[2]).

Eine wesentlich andere Function bekam das pactum de vendendo und damit die ganze Structur der Pfandfiducia, seitdem der Fiduciar durch dieses pactum ausdrücklich vom mancipio dans ermächtigt wurde beim Verkauf jede Evictionshaftung von sich abzulenken[3]). Nicht die Ausübung eines dem Fiduciar an und für sich unbeschränkt zustehenden Rechtes soll nunmehr durch dieses pactum in erster Linie regulirt werden, vielmehr soll dasselbe vor allem dazu dienen, die Möglichkeit, den Pfandzweck durch das Fiduciageschäft zu erreichen, vom eigenthumsübertragenden Effect desselben, soweit dies in den Kräften des Fiducianten stand, zu emancipiren. Ist ja doch nunmehr durch das Fiduciageschäft selbst schon von vornherein für die Befriedigung des Fiduciars auch für den Fall, dass er durch die Mancipation nicht Eigenthümer geworden wäre, Vorsorge getroffen und zwar dadurch, dass dem Fiduciar ein Recht eingeräumt wird vom Besteller der fiducia, welches er bisher nicht hatte und hinsichtlich dessen darum auch eine ausdrückliche Vereinbarung ursprünglich wohl in Stipulationsform, die aber auch nach der spanischen Fiduciartafel wenigstens noch ausdrücklich pactirt wurde, nicht fehlen durfte[4]). Nicht als ob der Fiduciar

[1]) Paulus, sent. II, 13, 5.

[2]) Vergl. z. B. L. 10 D. de in d. add. 18, 2.

[3]) Auch von der Gewährleistungspflicht für ädilicische Mängel wurde zweifellos der Fiduciar regelmässig vom mancipio dans ermächtigt sich beim Verkauf zu entbinden. Vergl. Degenkolb, in der Zeitschr. f. R.-G. Bd. 9 S. 162. Allein diese Befugniss vermochte die Structur der Pfandfiducia nicht zu alteriren, schon um desswillen, weil das Recht die Vertretung ädilicischer Mängel von sich abzulenken dem Fiduciar auch dann zu gute kam, wenn er als Eigenthümer, nicht als Fiduciar verkaufte. Die Gestattung des Verkaufs ohne Vertretung ädilicischer Mängel hatte also ihren guten Sinn auch für die Pfandfiducia alten Schlags, während das Gegentheil wahr ist hinsichtlich der Befugniss zum Verkauf ohne Evictionshaftung.

[4]) a. A. Krüger, Krit. Vers. S. 57. Vergl. dagegen das im Text folgende.

Digitized by Google

ohne derartige Vertragsbestimmung sich nicht auch schon bisher, wenn es ihm gelang einen solchen Käufer zu finden, die Freiheit von der Eviction hätte ausbedingen können. Aber so lange er dies nicht in Ausübung eines ihm vom Fiducianten eingeräumten Rechts that, vermochte er, in Ermangelung eines eigenen Anspruchs an den Fiducianten, welchen er dem Käufer hätte cediren können, weder die Pflicht für Eviction aufzukommen im Resultat auf den mancipio dans überzulenken, noch den Kaufpreis — wenigstens nach der Julianischen Ansicht — im Evictionsfall für sich zu behalten: neque enim bonae fidei contractus hac utitur (Mo.) conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret [1]). Vollends wäre unter keinen Umständen daran zu denken gewesen, dass der Fiduciar, wenngleich er mit pactum de non praestanda evictione verkauft hatte, nach erfolgter Eviction den Kaufpreis einzufordern berechtigt gewesen wäre [2]).

Zur Zeit Ulpians machte sich der Fiduciar gradezu verantwortlich, wenn er, ohne dadurch einen höheren Kaufpreis erzielt zu haben, beim Verkauf die Haftung für Evictionsleistung von sich abzulenken unterlassen und auf sich übernommen hatte [3]). Er war also — wenn es zum verkaufen kam — ein für allemal verpflichtet, seine Sicherheit zu suchen nicht in erster Linie in dem ihm ursprünglich eigens zu diesem Zweck übertragenen Eigenthum [4]), sondern vielmehr die Befriedigung zu bewerkstelligen kraft seines obligatorischen Distractionsrechtes und dabei womöglich nicht zu recurriren auf seine Eigenschaft als Eigenthümer.

Streng genommen hat damit unser Geschäft seinen fiduciarischen Charakter abgestreift und schon passt auch auf das-

---

[1]) L. 11 § 18 (vergl. mit § 16) D. de a. e. v. 19, 1. Ulpian scheint freilich der Ansicht Julian's nicht beizustimmen — „so auch die herrschende Meinung" (Brinz, Pand. Bd. 2, S. 338, A. 26).. Vergl. übrigens auch Arndts, Pand. 12. Aufl., § 303, A. 6.

[2]) Arg. L. 68 pr. D. de ev. 21, 2.

[3]) L. 22, § 4 D. de pign. act. 13, 7. Vergl. auch L. 36 § 1 D. ad municip. 50, 1 (Modestin).

[4]) L. 11 § 2 D. de a. e. v. 19, 1 si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum.

Digitized by Google

selbe der dem ius proprium civium Romanorum angehörige Name: fiduciae causa mancipatio oder in iure cessio nicht mehr recht. Denn nur der Form nach soll jetzt der Pfandzweck durch fiduciarische Eigenthumsübertragung erreicht werden. In Wahrheit aber ist die Eigenthumsübertragung weder erstes noch einziges Mittel zum Zweck. Sie ist für die Regel ausser Function gesetzt. Das per aes et libram gestum, die in iure cessio sind stehen geblieben als residuäre Bestandtheile der alten fiduciae causa mancipatio oder in iure cessio, womit das neue Fiduciageschäft, in welchem der Fiduciar behufs seiner Befriedigung nicht auf die Verwerthung seines fiduciarischen Eigenthums vielmehr auf die ihm davon unabhängig zustehende obligatorische Distractionsbefugniss in erster Linie verwiesen ist, nurmehr Form und Namen gemein hat.

Seit wann dies vom Eigenthumsübergang unabhängige und darum der ursprünglichen Anlage des Geschäfts heterogene obligatorische Distractionsrecht dem Fiduciar eingeräumt zu werden pflegte und seit wann demnächst solche von Haus aus, wie wir annehmen möchten, nurmehr subsidiär dem mancipio accipiens übertragene Machtbefugniss, welche sich lediglich dann bethätigen und die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen sollte, wenn der Pfandzweck vermittelst der normalen Function der fiducia nicht erreicht werden konnte, als regelmässige Wirkung unseres Rechtsgeschäftes, an die der Fiduciabesteller unabänderlich gebunden war, anerkannt wurde, wissen wir nicht. Nur soviel lässt sich unschwer errathen, dass es die stets sich wiederholende Parteiberedung gewesen sein muss, welche allmählig, dem Vorbild des pactum de vendendo beim Faustpfand folgend, diesen Umschwung zu Wege gebracht hat, dass also, wie oben vermuthet wurde, in der That die obligatorische Distractionsbefugniss des Fiduciars andern und spätern Ursprungs ist als der fiduciarische Anspruch des Fiducianten. Von der ganz richtigen Vorstellung ausgehend, dass die Distractionsbefugniss bei wirksamer Fiduciirung stets mit eingeräumt und darin materiell die vornehmlichste Sicherheit für den Gläubiger enthalten sei, erkannte man mit der Zeit, dass grade dieser für den Zweck des ganzen Geschäftes wesentlichste Erfolg der fiducia durch die

Digitized by Google

Aufnahme einer entsprechenden Clausel in vielen Fällen erreicht und jedenfalls unter den Paciscenten aufrecht erhalten werden könnte ganz unabhängig vom Eigenthumsübergang, als deren Folge bezw. Modification ursprünglich allein das Verkaufsrecht in Frage kam. Von vornherein entsprach ja die Structur des Pfandfiduciageschäftes nicht vollständig dem durch dasselbe zu erreichenden Zweck: das in Anwendung gebrachte Mittel ragte weit über denselben hinaus. Der Pfandrechtszweck hat denn auch den zu eng gewordenen Rahmen der ungefügen Rechtsgeschäftsfigur gesprengt. Die Thatsache, dass es sich um eine Fiduciirung pignoris iure und nicht um ein Fiduciageschäft cum amico oder tutelae evitandae oder testamenti faciendi gratia oder um noxae datio mit lex ut remancipetur[1]) handle, hat allmählig dazu geführt die Pfandfiducia zu einem von allen andern fiduciarischen Rechtsgeschäften specifisch unterschiedenen Geschäftstypus zu gestalten und insbesondere die Wirksamkeit des Geschäfts freizumachen von der datio, dem Eigenthumsübergang.

Seitdem die Umgestaltung der Pfandfiducia soweit fortgeschritten war, dass Jemand, wenngleich nicht durch fiduciarische Eigenthumsübertragung oder irgend welche datio, so doch von Rechts wegen und dem Namen nach vermittelst unseres Geschäfts die Anwartschaft auf Befriedigung, si pecunia soluta non esset, seinem Gläubiger zu verschaffen vermochte, musste auch die actio fiduciae des mancipio „dans" davon unabhängig gestellt werden, ob derselbe wirklich sub lege etwas h i n g e g e b e n und daraus nach den Grundsätzen der lex dationi dicta einen civilrechtlichen Anspruch erworben hatte. Entspricht es ja doch jetzt durchaus nicht mehr der Intention der Parteien, die Sicherheit des Gläubigers mitsammt der dieselbe auf das Maass pfandrechtlicher Zwecke reducirenden Obligirung desselben, ausschliesslich vermittelst einer datio zu erreichen. Beides, Sicherheit sowohl als Obligirung des Fiduciars wollen ausgesprochenermaassen die Parteien realisiren durch andre Mittel; mindestens nicht n u r durch Eigenthumsübertragung. Desshalb darf es denn auch nicht auffallen, wenn uns P a p i n i a n von Fiduciirung einer

---

[1]) G a i u s, I, 140 und dazu Coll. II, 3, 1.

Digitized by Google

res nec mancipi berichtet[1]), bei der die dingliche Sicherheit für den mancipio accipiens natürlich niemals vermittelst der Mancipation, sondern wohl regelmässig durch die gleichzeitige nicht solenne Eigenthumsübertragung der res fiduciae data bewerkstelligt werden konnte[2]).

Hätte man in Ermangelung einer klagbaren lex dationi dicta auch jetzt noch dem Fiducianten ex causa fiduciae eine actio versagt und insbesondere den Ausgleich zwischen dem Betrag des Erlöses und der Höhe der Forderung sich vollziehen lassen unmittelbar zwischen dem Schuldner oder Eigenthümer und dem Fiduciar, so würde dies im Widerspruch damit gestanden haben, dass es doch der Fiduciant gewesen ist, welcher durch die Einräumung des obligatorischen Distractionsrechts an den Fiduciar, so lange er ihm dasselbe unverkümmert erhielt, pfandähnliche Sicherheitsanwartschaft für seinen Gläubiger zu Stande gebracht hatte. Ihm dem Fiducianten musste desshalb auch — wenn anders ein solches vom Eigenthumsübergang losgelöstes und nurmehr gleiche Zwecke wie die fiducia verfolgendes Geschäft fiducia noch fortwährend genannt werden sollte — der fiduciarische Anspruch auf Herausgabe des fiduciirten Gegenstandes, des Uebererlöses etc. zugestanden werden.

Auf welchen obligationserzeugenden Vorgang konnte nun aber die actio fiduciae gestützt werden?

Da jeder civilrechtliche fiduciarische Anspruch mit dem Ausbleiben der datio in Wegfall kam, lag es dem Prätor ob, ursprünglich wohl durch Restitutionsbefehle[3]) demnächst durch Sponsionszwang oder die Gewährung von actiones in factum von Fall zu Fall, endlich durch die Verheissung und Aufstellung einer neuen actio im Album die Regulirung und

---

[1]) L. 9 § 2 D. de suppel. leg. 33, 10. Wer keine Interpolation annimmt thut m. E. der Stelle Gewalt an.

[2]) Denn schwerlich wird man, wenn überhaupt Fiduciirung von res nec mancipi gebräuchlich wurde, daran glauben dürfen, dass bei dieser die veraltete in iure cessio stets in Anwendung zu kommen hatte. Speciell in unserer Stelle spricht der Ausdruck acceptum argentum pignori (fiduciae) entschieden gegen solche Unterstellung.

[3]) Arg. L. 3 C. de luit. pign. 8, 30 (31), L. 2 C. de pact. pign. 8, 34 (35), L. 5 C. in quib. caus. 8, 14 (15).

Digitized by Google

Moderirung der durch das Fiduciageschäft auch in seiner veränderten Structur dem Fiduciar eingeräumten Befugnisse von sich aus in die Hand zu nehmen.

Dies ist nicht etwa in der Weise geschehen, dass der Prätor das nudum pactum conventum als pactum praetorium anerkannt und ex pacto fiduciarische Klagen gewährt hätte. Der Prätor lässt nicht mit der Fiduciabestellung eine honorarische Vertragsobligation entstehen. Die actio, die er proponirt hat, ist keine Klage auf Erfüllung einer bereits als vorhanden gedachten Verpflichtung. Das Fundament der honorarischen wahrscheinlich edictaliter verheissenen actio ist vielmehr ein factum, nemlich die Thatsache, dass das Fiduciageschäft, gleichviel ob dinglich wirksam oder nicht [1]), seinen Zweck erfüllt habe, soferne durch dasselbe mittelbar oder unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt worden ist. So lange die Liberation des Schuldners in suspenso, also noch nicht sicher ist, ob der Gläubiger aus der Pfandfiducia definitive Befriedigung erlangt hat, z. B. weil er den vereinnahmten Kaufpreis unter Umständen wieder herausgeben muss, steht der Fiduciar — in Ermangelung einer schon mit der fiduciarischen Hingabe existent gewordenen civilen Verpflichtung — in keinerlei obligatorischen Beziehungen zum Fiduciar. Die Neuerung des Prätors besteht also darin, dass der Eintritt derjenigen Thatsachen, welche für die alte civile Klage lediglich als Nativitätsmomente in Betracht kamen, erhoben wird zur Existenzbedingung für die proponirte honorarische Klage. Diese musste desshalb, selbst nachdem für sie der Bequemlichkeit halber ein ständiges Formular in's Album aufgenommen worden war, der verschiedensten Modificationen, je nachdem auf Exhibition, Herausgabe der Hyperocha u. s. f. geklagt wurde, fähig sein [2]).

Mit der Prüfung von Rechtsfragen wird freilich auch jetzt der Richter nicht verschont und seine Thätigkeit erschöpft sich keineswegs in dem Constatiren des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins nackter Thatsachen. Er muss

---

[1]) L. 8 § 1, L. 22 § 2 D. de pign. act. 13, 7. L. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5.

[2]) Vergl. L. 3 C. de ed. 2, 1.


Digitized by Google

untersuchen, ob bezahlt oder wie sonst die Befriedigung des Gläubigers bewerkstelligt worden ist, ihm liegt ob, darüber schlüssig zu werden, quanti ea res est, und vor allem hat er zu untersuchen, ob zwischen den Parteien ein Geschäft vorgenommen worden ist, welches technisch noch als Pfandfiducia bezeichnet werden kann. Sind also keine Zeugen beigezogen worden, oder ist die confessio nicht in iure erfolgt, oder war einer der Paciscenten furiosus oder infans u. s. w., dann wird er auf Grund der Beurtheilung dieser Rechtsfragen zu dem Ergebniss gelangen: mancipio datum — in iure cessum non est. Aber in einer Beziehung fungirte allerdings das officium iudicis bei der honorarischen Klage wesentlich anders als bei der actio in ius concepta. Hatte bisher der Iudex zu untersuchen, ob aus der mancipatio fiduciae causa nach ius civile ein dare facere oportere resultire, so wird er nunmehr von der Nothwendigkeit in diese Untersuchung einzutreten durch die in factum concipirte formula, in welcher auctoritate praetoris die Folgen der Condemnationsbedingungen normirt waren, enthoben. Denn der Prätor macht die Condemnation nicht abhängig von dem Vorhandensein einer civilrechtlichen obligatio, sondern von Thatsachen, deren Prüfung sowohl was die Existenz als auch was die Relevanz derselben betrifft, dem Iudex obliegt.

Die Prüfung der Condemnationsbedingungen hat aber selbstverständlich so zu erfolgen, dass sich der Iudex dabei stets die Frage vorhält, ob dieselben dergestalt vorhanden seien, dass der Magistrat — in Gemässheit der proponirten Formel — den behaupteten Anspruch für begründet halte.

Wären nun die Thatsachen, welche in der in factum concipirten formula namhaft gemacht waren, identisch mit denjenigen, welche die civilrechtliche Obligation erzeugen, so würde auch mit der honorarischen Klage nichts mehr und nichts anderes zu erreichen gewesen sein als mit der civilrechtlichen.

Dem ist aber nicht so. Erinnert man sich nemlich, dass technisch von fiduciae dare, fiduciae causa mancipio dare u. s. f. gesprochen wurde auch noch dann, wenn aus solchem „dare“ wegen mangelnden Eigenthumsübergangs civilrechtlich eine actio fiduciae nicht abgeleitet werden konnte und dass unser Rechtsgeschäft nicht aufhörte fiducia benannt zu werden,

Digitized by Google

nachdem der Pfandzweck gar nicht mehr in erster Linie durch die Eigenthumsübertragung erreicht werden sollte[1]), so ergibt sich, dass der Iudex durch die formula in factum concepta in den Stand gesetzt worden war zu einer Condemnation des Fiduciars zu gelangen auch in den Fällen, in welchen eine solche — zwar nach der ursprünglichen Structur des Geschäftes undenkbar, wohl aber dem durch das Geschäft zu erreichenden Pfandzweck einzig und allein entsprechend war: nemlich in den Fällen dinglicher Unwirksamkeit des Fiduciageschäftes.

V.

Ist unsere Auffassung von der actio fiduciae in factum richtig, so muss zugegeben werden, dass dieselbe von Anfang an überhaupt nicht zur Verfolgung einer Obligation eingeführt worden ist, insbesondere nicht eines Forderungsrechtes, welches mit dem durch die actio in ius zu realisirenden identisch gewesen wäre. Im Gegentheil war zu der Zeit, in welcher die formula in factum erstmals verheissen oder proponirt worden ist, ein fiduciarisches Klagbegehren doppelter Art möglich: neben dem Anspruch auf Erfüllung der längst klagbaren civilen Verpflichtungen ex lege dationis, die neuen prätorischen Interesse- oder Ersatzansprüche aus der Thatsache, dass fiduciirt und der Pfandzweck erreicht worden sei. Behufs Durchsetzung dieser letzteren vom Eigenthumsübertragungseffect des Fiduciageschäftes unabhängigen Ansprüche war die Proponirung der prätorischen actio in factum nothwendig.

Aus der anfänglichen Verschiedenheit des mit der actio in factum zu verfolgenden Klagrechts von demjenigen, welches der actio in ius zu Grunde lag, ergibt sich, dass nicht nur nach Anstellung der actio in factum späterhin noch mit der actio in ius geklagt werden konnte auf Erfüllung aller nicht in der intentio facti namhaft gemachten fiduciarischen Obligationen, sondern auch umgekehrt, dass der Verbrauch der

---

[1]) In ähnlicher Weise werden z. B. „testamenta" auch diejenigen genannt, quae falsa sunt vel iniusta, vel irrita vel rupta; itemque imperfecta (L. 2 § 1 D. test. quemad. aperi. 29, 3).


Digitized by Google

actio in ius concepta nicht auch die actio in factum consumirte.

Daran wurde freilich nicht festgehalten, sonst wäre nothwendig die actio in ius concepta über kurz oder lang gänzlich verdrängt worden von der actio in factum, welche dem Zweck der fiducia entsprechender functionirte als die alte civile Klage. Allein niemals ist eine in's Album einmal aufgenommene Formel späterhin aus demselben verdrängt worden[1]). So sind auch die beiden Formeln für die actio fiduciae erhalten geblieben[2]). Dies war nur möglich auf Kosten des ursprünglich in den zwei Formeln enthaltenen dogmatischen Gegensatzes. Nicht verschiedene Ansprüche sollen nach der späteren Function der Doppelformeln durch dieselben realisirt werden, sondern ein und dasselbe fiduciarische Forderungsrecht.

Dieses ist aber weder identisch mit dem durch die Proponirung der actio in factum geschaffenen Klaganspruch, noch mit der alten civilen obligatio aus der lex rei suae dicta.

Vielmehr ist der Anspruch, welcher schliesslich mit der einen Formel so gut wie mit der anderen verfolgt werden kann, eine bonae fidei obligatio, die zwar in Uebereinstimmung mit der alten Verpflichtung des fiduciae causa mancipio accipiens im Augenblick des sub lege remancipationis erfolgten Mancipationsaktes zur Existenz gelangt, sich aber von ihr doch dadurch nicht unwesentlich unterscheidet, dass in derselben der neue in der formula in factum zum Durchbruch gelangte prätorische Gedanke insoferne Aufnahme gefunden hat, als auf Erfüllung von Verpflichtungen ex causa fiduciae nunmehr auch dann geklagt werden kann, wenn durch die Fiduciirung eine datio gar nicht zu Stande gebracht worden war.

Dass solche Ausgleichung der beiden Formeln erfolgt sei, wird Niemand in Abrede ziehen wollen. Ebensowenig bleiben aber nach dem bisher Ausgeführten irgend erhebliche

---

[1]) Lenel, Ed. S. 85.

[2]) Für actio in ius vergl. Pomp. in L. 8 pr., Ulp. in L. 24 § 3 D. de pign. act. 13, 7. Gaius IV, 33. Paulus II, 13, 7. — Für actio in factum Ulpian in L. 24 § 1 D. de pign. 13, 7 und dazu Lenel, Sav.-Zeitschr. Bd. 3 S. 111 ff.

Digitized by Google

Zweifel darüber wie die prätorische und civile actio einander gleichgestellt und dadurch eine Umgestaltung des fiduciarischen Anspruchs selbst bewerkstelligt werden konnte.

Nachdem einmal der Prätor die actio in factum in's Edict ständig eingeführt hatte, musste die ihr zu Grunde liegende Neuerung auch schnell in das Rechtsbewusstsein des Volks, vor allem der Richter eindringen und dadurch in das ius civile übergehen.

Bald hatte der Prätor nicht mehr zu gewärtigen, dass der Fiduciant mit seiner Klage vom Iudex abgewiesen werde, wenngleich sie in ius concipirt, also auf ein oportere des Fiduciars abgestellt war und in iudicio die dingliche Wirkungslosigkeit des Fiduciageschäftes zum Vorschein kommen sollte. Hatte ja doch der Prätor durch die Proponirung der actio in factum den Anstoss dazu gegeben, dass sich unter dem Einfluss und im Sinne des honorarischen demnächst auch der civilrechtliche Klaganspruch des Fiducianten dem Pfandzweck entsprechend entwickeln und von der lex dationis freikommen konnte.

Welcher Art sind nun aber diese fiduciarischen Verpflichtungen?

Da die Eigenthumsübertragung als Existenzbedingung derselben zu fungiren aufgehört hat, scheint nichts übrig zu bleiben als den Contractsschluss in das pactum conventum als solches zu verlegen.

Genau besehen besteht indessen die ganze Frage, wie die obligatio ex causa fiduciae zu classificiren sei, nur vom Standpunkt der heutigen Systematik aus. Für diese ist auch in der That gar kein Grund abzusehen, wesshalb sie vor dem Resultat scheuen sollte, dass die fiduciarische Obligation, von dem Augenblick an, in welchem sie durch den Eingriff des Prätors in der angegebenen Weise reformirt worden war, wie ein Consensualcontract ex pacto convento zur Entstehung gelange [1]).

Vom Standpunkt der römischen Jurisprudenz dagegen ist die Frage nach der Qualificirung des contractus fiduciae in seiner schliesslichen Gestaltung gar nicht zu stellen. Da

---

[1]) So in der That Stas, diss. cit. p. 14 sq.

Digitized by Google

weder das pactum fiduciae zum pactum praetorium erhoben worden war noch irgendwo uns der contractus fiduciae unter den Consensualcontracten genannt wird, verstand es sich für die Römer ganz von selbst, daran festzuhalten, dass re der Contract zu Stande gekommen sei und soferne nur mehr auf die Form als auf die Sache geachtet wurde, konnte dies auch, der Entwicklung, welche sich innerhalb der fiducia vollzogen hatte, zum Trotz, unbedenklich geschehen.

Denn obgleich anerkannt werden muss, dass sich der Anspruch des Fiducianten zuletzt soweit von seinem „realen" Ausgangspunkt entfernt hatte, dass dieser der Sache nach gradezu in Vergessenheit gerathen zu sein scheint, so hat sich dieser Schritt doch durchaus versteckt vollzogen. Kein Wort in der Formel lässt errathen, dass unter der fiduciae causa mancipatio nicht mehr die alte datio suae rei verstanden werden soll. Wie gross auch immer der qualitative Gegensatz sein mochte zwischen der lex suae rei dicta, auf die ursprünglich der Fiduciant sein Recht stützte, und dem Contract, der schliesslich der actio fiduciae zu Grunde lag, ferner zwischen dem dare facere, das mit der alten actio fiduciae beansprucht werden konnte, und demjenigen dare facere, auf welches am Schluss der Entwicklung die intentio unserer Klage gerichtet war — nach aussen hin machte sich doch dieser ganze Umschwung überall nicht bemerkbar. In aller Stille vielmehr hatte die fiduciarische Obligation in neue Bahnen eingelenkt.

So konnte es geschehen, dass die fiduciae causa erfolgte Mancipation oder in iure cessio niemals aufhörte als pseudoreale Grundlage der Klagbarkeit des pactum conventum für die Römer in Betracht zu kommen, wenngleich sich unter dem Einfluss der honorarischen actio in factum das Rechtsgefühl dafür, ob dieselbe dinglich wirksam war oder nicht, in Ansehung des Existentwerdens der fiduciarischen persönlichen Obligation längst vollständig abgestumpft hatte.

Der nach erfolgter Emancipation des fiduciarischen Anspruchs von der fiduciarischen Veräusserung mit Hilfe des Prätors herbeigeführten Fortbildung der fiduciae causa mancipatio in einen bonae fidei Contract kam nun aber eine noch weiterreichende Bedeutung zu.

Digitized by Google

Zwar war dadurch das Fiduciageschäft seiner specifisch römisch-rechtlichen Elemente nicht vollständig entkleidet worden. Noch wurde die alte Structur desselben insoferne festgehalten, als der persönliche Obligationsnexus nur im Anschluss an die dem ius proprium civium Romanorum angehörigen solennen Eigenthumsübertragungsakte zur Entstehung gebracht werden konnte.

Allein der Umstand, dass die Peregrinen kein quiritarisches Grundeigenthum auch nicht am fundus Romanus haben konnten und am Provincialboden dominium ex iure Quiritium nicht möglich war, hatte, seitdem die fiducia cum creditore contracta in erster Linie nicht durch Eigenthumsverschaffung, sondern durch die Gestattung des Verkaufs der res fiduciae data die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen bestimmt war, aufgehört für die Anwendbarkeit unseres Geschäftes auf den Peregrinenverkehr und Provincialgrundstücke ein unübersteigliches Hinderniss zu sein. In der einen Beziehung so gut wie in der andern, also sowohl was die vertragschliessenden Personen als was das Object der fiducia anbelangt, konnte jetzt die Pfandfiducia ebenso behandelt werden wie das pignus [1]), demnach wie ein dem ius gentium angehöriges Rechtsinstitut. Der Satz Modestin's: in quorum finibus emere [i. e. per mancipationem dominium adquirere] quis prohibetur, pignus [fiduciamve] accipere non prohibetur [2]) und die Regel von Gaius: quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem [fiduciaeve causa mancipationem] recipere potest [3]) müssen nunmehr ihre Richtigkeit haben auch für die fiducia. War ja doch die Mancipation für Peregrinen und in Beziehung auf res nec mancipi nicht absolut sondern nur insoferne ausgeschlossen als durch dieselbe nicht ex iure

---

[1]) Schon mehrfach, besonders von älteren Schriftstellern (vergl. z. B. Stas, diss. cit. p. 15; Conradi, scripta minora ed. Lud. Pernice vol. I. (1823) p. 182) wurde die fiducia dem ius gentium zugezählt, aber indem an eine Verbindung des pactum fiduciae mit Eigenthumstradition gedacht wurde, aus nicht zutreffenden Gründen.

[2]) L. 24 D. de pign. 20, 1.

[3]) L. 9 § 1 D. h. t. 20, 1. Ueber die nur relative Richtigkeit dieses Satzes vergl. Huschke, in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20 (1844) S. 181 f.

Digitized by Google

Quiritium Eigenthum am Grund und Boden bezw. an allen res nec mancipi erworben werden konnte. Auch wissen wir gar nicht[1]), ob, nachdem der Uebergang quiritarischen Eigenthums seine ursprüngliche Bedeutung für die Fiduciabestellung eingebüsst hatte, die Form der fidi fiduciae causa mancipatio identisch verblieb mit dem sonst üblichen Mancipationsritual. Peinlich an demselben festzuhalten verbot sich fast von selbst, woferne die mancipatio fiduciae causa auf Provincialgrundstücke Anwendung finden sollte. Denn hier war von vornherein irgend welche dingliche Wirkung der Mancipation nicht in Aussicht zu nehmen, so dass vielleicht die Clausel ex iure Quiritium meum esse aio[2]), mit der Zeit geradezu in Wegfall kam[3]).

Freilich konnte bei solcher Verwendung der fiducia davon keine Rede sein, dass der mancipio accipiens zur Weiterveräusserung nur im Wege der Mancipation, wozu er auch im quiritischen Verkehr niemals verpflichtet war, ermächtigt worden wäre. Es musste ihm das Recht eingeräumt werden, si pecunia soluta non esset, ohne Mancipation in der dem ius gentium angehörigen Form zu verkaufen. Desshalb kam ganz von selbst in Wegfall die Pflicht des Fiducianten den Fiduciar gegen die actio auctoritatis durch Gestattung der Mancipation nummo uno sicher zu stellen. Nurmehr der actio emti war der distrahirende Fiduciar ausgesetzt, so dass es, um ihm das definitive Behaltendürfen des Kaufpreises zu ermöglichen, genügte, wenn er ausdrücklich zum Verkauf ohne promissio duplae bezw. mit pactum de non praestanda evictione ermächtigt wurde. Allein dadurch wird das Wesen der fiducia nicht berührt. Ja nicht einmal eine Aenderung in dem üblichen Schema des pactum conventum wird nothwendig, denn

---

[1]) Denn „was uns vorliegt“ (in der spanischen Fiduciartafel) „ist nur ein Bericht über die Mancipation, nicht der Originaltext der dabei gesprochenen Worte“ (Degenkolb, Zeitschr. f. R.-G. Bd. 9, S. 173 unten).

[2]) Dass von mancipatio immer noch die Rede sein kann, auch wenn diese Clausel fehlt, beweist Gaius II, 104.

[3]) Daraus würde sich einfach erklären, wie von fiducia noch gesprochen werden konnte, nachdem längst die mancipatio antiquirt war (Nachweise vergl. bei Voigt, ius nat. Bd. 2, S. 940 ff. und Rudorff, Zeitschr. f. R.-G. Bd. 11, S. 65, A. 7).

Digitized by Google

auch in der mehrerwähnten Fiduciarinschrift wird der mancipio accipiens, abgesehen von der Gestattung der Mancipation nummo uno und der Erlassung der satisdatio secundum mancipium, ermächtigt durch Verweigerung der repromissio der Gewährleistungspflicht beim Verkauf (actio emti) zu entgehen[1]).

So mochte es kommen, dass die fiducia mit der Ausbreitung des ager Romanus in peregrinische Gegenden und zunächst wohl gleichen Schritt haltend mit ihr, schon frühzeitig in den Provinzen eindrang, dass sie aber demnächst nicht beschränkt blieb auf coloniae iuris Italici, vielmehr in der Form des contractus fiduciae auch bei Verpfändungen von Provincialboden, welcher unter der Herrschaft des ius gentium stand, der persönliche Obligationsnexus zwischen Verpfänder und Pfandnehmer geregelt werden konnte. Denn der Anstellbarkeit der actio fiduciae von Seiten der Peregrinen oder bei Fiduciirung von Provincialgrundstücken, und zwar ohne Fiction si cives Romani bezw. fundi Italici essent[2]), stand nichts im Wege, seitdem für diese Klage die Uebertragung quiritarischen Eigenthums bedeutungslos geworden war. In der That wird schon durch die spanische Fiduciartafel bewiesen, dass in den Provinzen Formulare für fiduciarische Verpfändungen im Umlauf waren. Dass aber die fiducia nicht nur auf den fundus Italicus, sondern auch auf Provincialboden Anwendung finden konnte, erhellt aus einer vielcitirten Stelle aus Cicero's Rede pro Flacco[3]).

Der Römer Decianus, einer der Ankläger des Lucius Flaccus, schon dreissig Jahre meist von Rom abwesend, treibt Grosshandel in Apollonis, einer civitas libera in Lydien. Gegen wucherische Zinsen hat er dem Griechen Lysanias aus Temnus Geld vorgeschossen und diesen seinen Schuldner dadurch seines väterlichen Grundbesitzes zu entblössen gewusst, dass er sich denselben bei der Darlehenshingabe von Lysanias als fiducia bestellen liess, die er dann, nachdem die Schuld fällig und nicht vollständig bezahlt worden war,

---

[1]) Vergl. Zeile 16 und 17 dieser Inschrift und L. 36 § 1 D. ad munic. 50, 1.

[2]) Arg. Gaius IV, 33.

[3]) XXI, 51.

Digitized by Google

als ihm verfallen in Anspruch nahm, so dass er nunmehr Besitzer und Eigenthümer derselben zu sein behauptet. Da, wie gesagt, Decianus zugleich einer der Ankläger ist, kann des Lysanias Zeugniss gegen Flaccus nicht viel werth sein; denn er befindet sich ganz und gar in den Händen dieses seines Gläubigers und wird um so mehr die Wahrheit entstellen und aussagen was Dieser will, als ihm Decianus seine Reise nach Rom hoch anzurechnen versprochen zu haben scheint, so dass er dieselbe geradezu in der Hoffnung, dadurch wieder zu seinem väterlichen Gut zu kommen, angetreten hat.

Aus dem letztgedachten Umstand ergibt sich, dass Cicero unter der fiducia commissa nicht wohl ein pignus mit pactum commissorium verstanden haben kann. Denn woferne Decianus sich für Committirung des Pfandes entschieden gehabt hätte, würde er seine Forderung an Lysanias verloren haben. Diesem wäre desshalb nicht mehr die Möglichkeit offen gestanden, dadurch sein verpfändetes Gut wieder zu erlangen, dass er nachträglich seinem Gläubiger in Höhe des restirenden Schuldbetrages Befriedigung verschafft hätte. Ebensowenig ist daran zu glauben, dass Cicero mit fiducia eine dem Peregrinenrecht eigenthümliche Verpfändungsform habe bezeichnen wollen. Denn Cicero wäre, wenn er eine specifisch griechische Geschäftsfigur im Auge gehabt hätte, um den Ausdruck nicht verlegen gewesen [1]).

Die fiducia, welche Lysanias bestellte, ist vielmehr nichts anderes als die römische fiducia cum creditore contracta, deren allgemeiner Verwendung auch in solchen Gegenden der Provinzen, wo kein commercium agrorum, keine ἔμπασις oder ἔγκτησις, anerkannt war, und im Peregrinenverkehr, nachdem sie bereits im Verkehr der römischen Bürger unter sich in's ius civile honorarium übergeführt und dadurch von ihrer alten nationalen Structur losgekommen war, nichts im Wege stand. Und grade in griechischen Gemeinden, welchen der fiducia nahverwandte Pfandgeschäfte wie das ἀποτίμημα [2])

[1]) Vergl. ad fam. XIII, 56, 2 ὑποθῆκαι commissae.

[2]) Vergl. darüber neuestens Otto Schulthess, Vormundsch. n. attischem Recht. Züricher Diss. Bonn 1886, S. 161 ff.

Digitized by Google

und vor allem die πρᾶσις ἐπὶ λύσει[1]) von Alters her geläufig waren, mag die Einführung des contractus fiduciae unter dem Druck des römischen Uebergewichtes ohne Schwierigkeiten möglich gewesen sein schon zu einer Zeit, da in Beziehung auf andere Rechtsinstitute die intensivere Romanisirung des Ostens erst begann. Hier konnte dann auch unter dem Einfluss des allen Formalgeschäften abholden hellenistischen Rechtslebens die Zersetzung des solennen Mancipationsactes so weit fortschreiten, dass schliesslich an seine Stelle bei der fiduciae causa mancipatio die blosse Beurkundung getreten sein mochte.

Allerdings für sich allein wird von der fiducia im Peregrinenverkehr von je her nicht leicht Gebrauch gemacht worden sein. Da sie in Anwendung auf Provincialgrundstücke dem mancipio accipiens nur obligatorische unter keinen Umständen dingliche Sicherheit zu verschaffen vermochte, musste sich das Bedürfniss herausstellen mit dem contractus fiduciae Besitzeinweisung bezw. Uebertragung des dem betreffenden ius peregrinorum oder ius gentium entsprechenden Eigenthums zu verbinden, wie dies denn offenbar auch bei dem zwischen Lysanias und Decianus abgeschlossenen contractus fiduciae der Fall war[2]), obgleich Decianus vielleicht, wie das in der Gemeinde Apollonis belegene Grundstück[3]), so auch den fundus Temnites widerrechtlich als ager privatus Romanus behandelte.

VI.

Bedenken ganz ähnlicher Art, wie sie in Ansehung der Klagbarkeit des pactum conventum bei der Pfandfiducia im Falle ausbleibenden Eigenthumsüberganges entstehen, sind schon mannigfach geltend gemacht worden für den contractus pigneraticius bei der Hypothek[4]), auf dessen Analogie oben verwiesen worden ist.

---

[1]) Nachweise bei Voigt, XII Tafeln, Bd. 2, S. 167, A. 1 a. E. und Dareste, les inscriptions hypothécaires en Grèce (Revue hist. 1885, p. 1 sqq.).

[2]) tenes hodie ac possides (pro Flacco XXI, 51 cit.).

[3]) pro Fl. XXXII, 80.

[4]) Windscheid, § 381 A. 4. Brinz, 2. Aufl. § 318 A. 2. Fr. Mommsen, Haftung der Contrah. 2. Heft der Erörter. (1879) S. 30 f.

Digitized by Google

Der persönliche pigneraticische Obligationsnexus entsteht mit der Bestellung der Hypothek im Anschluss an das pignori dare, mit welchem Ausdruck nicht nur die körperliche Hingabe zum Faustpfand, sondern ebenso auch die Constituirung des Pfandrechts schlechthin bezeichnet zu werden pflegt[1]).

Wie aber, wenn die dingliche Wirkung der Pfandbestellung versagt und der Pfandnehmer keine actio in rem erwirbt? Hier ist von keinem wirksamen dare, aber trotzdem von actio pigneraticia die Rede[2]).

Allem nach ist bei dieser an eine ganz ähnliche Entwicklung zu denken wie die, welche für die actio fiduciae aufzuzeigen versucht worden ist.

Ausdrücklich ist uns überliefert, dass der Prätor abgesehen von dem Edict über das pignus praetorium[3]) unter der Rubrik de rebus creditis de pignore edicirt habe[4]). In der edictsmässig proponirten actio in factum[5]), dem mehrfach von Papinian erwähnten iudicium quod de pignore dato proponitur oder redditur[6]), ist aber nicht die historische Wurzel der Klagbarkeit des späteren contractus pigneraticius zu erblicken. Sie ist auch nicht zu suchen in einer lex dationis[7]). Vielmehr stand dem Pfandgeber ein alter, wenn auch dem ius strictum der XII Tafeln noch unbekannter civilrechtlicher Repetitionsanspruch ex causa finita zu[8]), aus dem sich allmählig[9]) ein specifisch pigneraticisches Klagbegehren[10]),

---

[1]) Stölzel, im Archiv f. civ. Prax. Bd. 45 S. 257 ff. Scheurl, Krit. V.-J.-Schr. Bd. 2 S. 441 f. L. 15 pr. L. 16 pr. § 1 D. de pign. 20, 1.

[2]) L. 9 § 4 L. 11 § 2. 6. D. de pign. act. 13, 7.

[3]) L. 9 pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42, 5.

[4]) L. 1 § 1 D. de R. C. 12, 1.

[5]) L. 3 C. de luit. pign. 8, 30 (31). Lenel, Ed. S. 201 f.

[6]) L. 42 D. de pign. act. 13, 7. L 2 D. de pign. et hyp. 20, 1. L. 31 (32) D. de neg. gest. 3, 5.

[7]) Wendt, cond. ex poen. S. 17.

[8]) Pernice, Labeo Bd. 1 S. 424 f.

[9]) Noch Labeo und Sabinus verweisen den creditor auf a. ad exhibendum bezw. furti in Fällen, wo vom Standpunkt der entwickelten Prästation von Contractsculpa aus, unbedenklich die actio pigneraticia contraria zugebilligt werden muss (L. 3 L. 36 pr. D. de pign. act. 13, 7).

[10]) Ein solches wird gekannt von Alfenus Varus (L. 30 D. de p. a. 13, 7).

Digitized by Google

das erst spät mit bonae fidei Character ausgestattet wurde[1]), herausentwickelte.

Allein, wenn weder Besitz noch Recht, sondern gar nichts hingegeben war, da versagte nothwendig die civilrechtliche pigneraticische Klage ex re ihren Dienst, und Condictionsansprüche, welche etwa nachträglich quasi ex contractu zur Existenz gelangen mochten, standen dem Eigenthümer oder Schuldner zu, nicht dem Pfandgeber als solchem ex datione pignoris.

Seitdem aber der Pfandgeber die Anwartschaft auf definitive Befriedigung insbesondere durch die Einräumung der vendendi (wenn gleich nicht alienandi) pignoris potestas für seinen Gläubiger zu bewerkstelligen vermochte ohne ihm dingliches Dispositionsrecht durch Pfandrechtsbestellung zu verschaffen, musste auch der persönliche pigneraticische Anspruch des Verpfänders unabhängig gemacht werden von der durch die pignoris datio normalerweise sich vollziehenden Rechtsübertragung.

Dies geschah durch die actio in factum, welche in einer auf die practisch wichtigsten Fälle unmittelbar zutreffenden Formulirung ständige Aufnahme im Album fand, mit veränderter Fassung aber auch in andern Fällen, selbst als contraria[2]), der edictalen Verheissung entsprechend zur Anwendung kam.

Sie erhob nicht das voluntare Element des contractus pigneraticius losgelöst von der datio zum pactum praetorium[3]), vielmehr gewährte sie dem Pfandgläubiger als solchem unabhängig von jeder wirksamen datio einen Interesseanspruch aus der Thatsache, dass die pignoris „datio" zur Befriedigung des Gläubigers geführt habe[4]).

Aber auch nachdem der dogmatische Unterschied zwischen actio in factum und actio in ius, wie er von Haus aus bestand,

---

[1]) arg. e silentio Cicero, de off. III, 17 (70). de nat. de. III, 30 (74).

[2]) Schol. 1 zu Bas. XLII, 3 c. 29 (Heimb. IV. p. 269/70).

[3]) L. 17 § 2 D. de pact. 2, 14 bezieht sich nicht auf den contractus pigneraticius (Pernice, Labeo Bd. 1 S. 472) sondern auf die obligatio rei d. h. die Verschaffung der actio hypothecaria (Windscheid, § 235 A. 1. Wlassak, Ed. u. Klagef. S. 130 f.).

[4]) Vergl. die Formel bei Lenel, Ed. S. 201.


Digitized by Google

sich verwischt hatte, blieben beide Formeln im Edict stehen [1]), wobei neben der Scheu, eine einmal ständig ins Album aufgenommene Formel aus demselben wiederum zu entfernen, die Rücksicht darauf mitgewirkt haben mag, dass jede der beiden Klagformeln ihre eigenthümlichen processualen Vortheile hatte [2]).

Durch diese honorarische Neuerung ward der Anstoss gegeben zur Umgestaltung des pigneraticischen Anspruchs insbesondere zur Emancipation desselben vom Sachenrechtserwerb des Pfandnehmers [3]), so dass auf der letzten Stufe ihrer Entwicklung die bonae fidei Obligation ex contractu pigneraticio ganz ebenso wie diejenige ex contractu fiduciae ohne res zu Stande kommen konnte, und der Verpfänder an seinen Verpfändungswillen als solchen — in Uebereinstimmung mit der Parteiintention aber nicht mit der ursprünglichen Anlage von fiducia [4]) und pignus — ohne Rücksicht auf culpa [5]) gebunden war (obligatio dandi) [6]).

Hier wie dort aber hat die Form das Wesen überdauert. Nach wie vor bleibt es dem Wort nach die fiduciae causa mancipatio bezw. die pignoris datio, durch welche der Pfandempfänger (vom Standpunkt der römischen Jurisprudenz aus auch jetzt noch „re") obligirt wird.

Die für das Existentwerden specifisch fiduciarischer bezw. pigneraticischer Obligationen ursprünglich entscheidende Frage, ob diese Akte dinglich wirksam waren oder nicht, hat aber dem entwickelten Pfandzweck entsprechend unter dem Einfluss

---

[1]) Pigneraticiis actionibus teneri creditorem L. 13 pr. D. de pign. a. 13, 7. Für die actio in factum vergl. L. 9 § 3—5 D. de pign. act. 13, 7. L. 20 § 2 D. eod. und Lenel, a. a. O. S. 201 f.; auf die formula in ius concepta bezieht sich z. B. L. 30 D. de pign. act. 13, 7 (Ubbelohde, Realcontr. S. 79). Vergl. auch Wlassak, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 261.

[2]) Ubbelohde, Realcontr. S. 25 ff.

[3]) L. 9 § 4 D. de pign. act. 13, 7.

[4]) Bechmann, Kauf Bd. 1, S. 141, A. 1, Ziff. 2: „Innerhalb der Mancipation gibt es einen Anspruch auf Leistung überhaupt gar nicht, also kann auch nicht die wahre Leistung verlangt werden, wenn sich die bereits erfolgte als Scheinleistung darstellt".

[5]) L. 16 § 1 D. de pign. act. 13, 7 vergl. mit L. 36 § 1 D. h. t.

[6]) L. 9 pr. L. 32. L. 36 § 1 D. de pign. act. 13, 7.

Digitized by Google

der prätorischen actiones in factum aufgehört von Relevanz zu sein für das Dasein des persönlichen Obligationsnexus zwischen Pfandgeber und Pfandnehmer.

VI.

Die angeblichen Interpolationen bei Scävola.

Von

Herrn Geheimerat Professor **Dr. Th. Schirmer**

in Königsberg.

Während die Frage nach den durch die Compilatoren in den Pandektenfragmenten bewirkten Interpolationen nach den in früheren Jahrhunderten unternommenen, fast durchweg roh empirischen und vielfach subjectiv willkürlichen Versuchen auf diesem Gebiete in letzter Zeit so ziemlich geruht hatte, und höchstens gelegentlich in Bezug auf einzelne Stellen eine derartige Untersuchung sich findet, ist man neuerdings dem ganzen Problem methodisch näher getreten und hat sich nach allgemeiner gültigen Merkmalen und Regeln für das Erkennen solcher Einschiebsel umgethan. Eine dankenswerthe Vorarbeit bietet in dieser Richtung Eisele in der zweiten Abhandlung des siebenten Bandes dieser Zeitschrift, wo er eine Anzahl stilistischer und sprachlicher Eigenthümlichkeiten der Justinianischen Constitutionen zusammenträgt, deren Wiederkehr in den Pandekten die betreffenden Fragmente einer Interpolation verdächtig machen würde. Directer auf die Aufgabe geht Gradenwitz in dem vierten Aufsatze desselben Bandes los, und stellt hier (p. 46) den Grundsatz auf: „Wenn sich ein Wort im corpus iuris häufig in einer Bedeutung vorfindet, in welcher es in der übrigen, einigermassen guten Latinität und im regelmässigen Gebrauch der klassischen Juristen nicht erscheint, so ist dieses Wort verdächtig“ u. s. w.

Digitized by Google

Hier stossen wir sofort auf die Frage: woraus soll man denn den regelmässigen Gebrauch der klassischen Juristen erkennen, wenn nicht eben aus dem häufigen Vorkommen des Ausdrucks in den Pandekten? die direct überlieferten Bruchstücke der römischen, juristischen Litteratur sind doch zu wenig umfangreich, um anders als nur in seltenen Ausnahmefällen einen sicheren Schluss zu gestatten. Dann aber darf man doch nicht übersehen, dass die Sprache der einzelnen Pandektenjuristen die allergrössten individuellen Verschiedenheiten aufweist, dass es ein ideelles, einheitliches Juristenlatein, von den technischen Kunstausdrücken abgesehen, eben nicht giebt. Demnach sollte man doch wohl vorsichtiger Weise ein verdächtig erscheinendes Wort in erster Linie mit dem Sprachgebrauche und der Redegewohnheit gerade des Juristen vergleichen, von dem die bedenkliche Stelle herrühren soll. Man wird hierbei selbst darauf zu achten haben, welcher der verschiedenen Fragmentenreihen die letztere angehört, indem die Vermuthung ziemlich nahe liegt, dass die verschiedenen Commissionen, welche bei der Excerpierung der juristischen Litteratur thätig waren, ihre Interpolationen nicht alle nach derselben Schablone eingerichtet haben. Möglich, wenn auch nicht sehr wahrscheinlich, wäre es allerdings, dass sämmtliche Abänderungen des ursprünglichen Textes, etwa nach vorgängiger Plenarberathung, einem einzigen Redactor übertragen wurden, woraus dann eine sehr viel grössere Gleichmässigkeit der eingeschalteten Stücke sich ergeben würde. Endlich dürfte es kaum gerechtfertigt sein, Interpolationen aus blosser Lust am Interpolieren bei den Compilatoren vorauszusetzen. Dazu war ihre Arbeit viel zu eilfertig, sie standen zu sehr unter dem Drucke einer äusseren Nöthigung, dass sie ohne einen für sie zwingenden Grund zu Aenderungen an dem vorgefundenen Wortlaute hätten schreiten mögen. Ja, Aenderungen in Grammatikalien, wie in dem Gebrauche der Modi, der Tempusfolge u. a. m. dürften sie allerdings da, wo ihr Sprachgefühl sich an dem echten Wortlaute stiess, unendlich häufiger vorgenommen haben, waren diese doch meist auf Umschreibung, Tilgung oder Zusatz einzelner Buchstaben beschränkt. Selbst die Abschreiber werden darin später noch oft genug nachgebessert haben. (Vergl. auch Mommsen in

Digitized by Google

der Vorrede zu seiner Pandektenausgabe p. LX.) Eben deshalb sind derartige Unebenheiten als Kriterien für Interpolationen ziemlich werthlos.

Von diesen Gesichtspunkten ausgehend darf ich es vielleicht unternehmen, in Bezug auf den Q. Ceruidius Scävola, mit dem ich mich in Folge der Lectüre im Seminar seit Jahren eingehender beschäftigt habe, eine Reihe von Bemerkungen zusammenzustellen, zu denen ich durch die Arbeit von Gradenwitz angeregt worden bin.

Ich beginne mit der Behauptung des gedachten Autors, approbare im Sinne von beweisen finde sich in den Pandekten Justinian's ausschliesslich in den Zusätzen der Compilatoren (a. a. O. p. 78). Das Wort ist nun aber doch in der angegebenen Bedeutung recht gut legitimiert. So steht es bei Gai. IV. § 74[a] „si potest adprobari, id — in rem patris dominiue uersum esse“ (vergl. noch ib. § 74 i. f.); ferner I. § 29 „adire praetorem — et adprobare, se ex lege Aelia Sentia uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere“. Allerdings gehört diese Stelle in die Lehre von der causae probatio, und Gradenwitz verwahrt sich ausdrücklich (a. a. O. p. 84) unter Berufung auf Gai. I. § 19. 32 gegen die Beweiskraft der dabei vorkommenden approbatio. Daran ist ja nun so viel völlig richtig, dass da, wo es sich um Dispensationen von den in der lex Aelia Sentia vorgeschriebenen Altersgrenzen handelt, eine ethische Würdigung der Seitens des Freilassers geltend gemachten causa durch den Magistrat vorliegt, und insoweit dabei von keinem Beweise die Rede sein kann, dass also z. B. I. § 18 „iusta causa manumissionis adprobata“ nicht als Belagstelle für die in Frage stehende Bedeutung von adprobare angeführt werden darf. Ganz anders aber verhält es sich mit dem angezogenen § 29. Dort sollen gewisse Thatsachen, die Eingehung der Ehe in den Formen der lex Aelia Sentia, das Vorhandensein eines anniculus aus dieser Ehe u. s. w. dargethan werden, und dem entsprechend lautet das schliessliche Decret des Magistrats auf deren Richtigkeit (si is — id ita esse pronuntiauerit), also die causae probatio besteht hier in einem blossen Beweise, und adprobare heisst auch in dem Zusammenhange des § 29 nichts Anderes als beweisen. — Beiläufig mag dann weiter bemerkt werden,

Digitized by Google

dass in der Verbindung iudici approbare letzteres gleichfalls die angefochtene Bedeutung hat. Einen Unterschied zwischen „dem Richter plausibel machen“ und „beweisen“, wie ihn Gradenwitz (p. 84 zu Anm. 1) statuieren will, kennt das römische Recht in Ermangelung jeglicher positiven Beweistheorie als generischen nicht; der Grad der Beweiskraft der einzelnen zu diesem Zwecke vorgebrachten Momente kann ein verschiedener sein; daher kann man, ohne einen sachlichen Anstoss zu erregen, von einem manifeste probare und Aehnlichem sprechen, die Art der Thätigkeit ist aber allemal dieselbe, der Name probatio kommt dem Einen wie dem Anderen zu, und die Bedeutung dieses Wortes bleibt die gleiche, ob nun der Beweis bloss bis zu einiger Wahrscheinlichkeit oder bis zu augenfälliger Evidenz erbracht wird.

Doch gehen wir jetzt speciell auf Scävola über. Hier soll (a. a. O. p. 79) zuvörderst der Schlusssatz der L. 18 pr. D. de aur. arg. 34. 2 „nisi contrarium ab herede approbetur“ unecht sein. Dafür wird ausser dem Vorkommen des, wie nachgewiesen, an sich unverdächtigen approbare „die durch die Fragstellung nicht motivierte Beweisauflage zu Lasten des Erben“ geltend gemacht. Soweit dabei der Gedanke im Hintergrunde unterläuft, Scävola habe die an ihn gerichteten Consultationen stets (oder doch wenigstens in seinen Digesten, denen das obige Fragment entlehnt ist) bloss mit einfachem Ja oder Nein beantwortet, kann ich lediglich auf meine einschlagenden Ausführungen im achten Bande der Zeitschrift verweisen. Im Uebrigen sehen wir uns doch die Stelle genauer an: der Testator hat die Rückgabe gewisser Gegenstände an seine Frau als deren Eigenthum angeordnet; es zeigt sich, dass dieselben ihr nicht gehören, und fragt sich nun, ob sie ihr demnach als Vermächtniss zuständen. Der Jurist antwortet, man dürfe annehmen, dass der Erblasser ein Vermächtniss habe anordnen wollen, sofern nicht der Erbe das Gegentheil erweise. Wo zeigt sich hier ein Hinausgehen über die Frage? Liegt ein gültiges Vermächtniss vor? so lautet dieselbe; eine bestimmte Antwort lässt sich darauf gar nicht geben. Sie wäre falsch oder unvollständig, sobald der durch nisi eingeleitete Nachsatz wegbleibt. Und wie sehr häufig bedient sich gerade Scävola eben dieser Figur in seinen Entscheidungen!

Digitized by Google

L. 21 § 1 D. de annuis 33. 1. — „quaesitum est, — an Pamphilae quoque annuum fideicommissum minutum uideatur — respondit, secundum ea, quae proponerentur, non uideri minutum, nisi si alia mens testatoris probaretur“ (Dig. 22) [1].

L. 18 pr. D. eod. „respondit, deberi, nisi ostendatur a libertis, testatorem ad heredis trigesimum quintum annum respexisse“ (Dig. 14).

L. 17 pr. D. de dote prael. 33. 4 „respondit, uerbis, quae proponerentur, uideri et de dote legata loqui, nisi aliud uoluisse testatorem probaretur“ (Resp. 3).

L. 13 pr. D. de alim. leg. 34. 1 „respondi, Maeuium, nisi aliud, de quo non deliberaretur (vergl. Nep. Milt. 1, § 2, Them. 2 § 6), doceat sibi a testatore iniunctum, uideri secundum uoluntatem testatoris recepisse ea onera“ (Resp. 4).

L. 16 § 2 D. eod. „respondit, secundum ea, quae proponerentur, non deberi, nisi hoc quoque ei datum probaretur“ (Dig. 18).

L. 88 § 14 D. de leg. II. 31 „respondi ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse, nisi ea mente uenditioni consenserunt, ut, — (Resp. 3).

L. 93 § 3 D. de leg. III. 32 „respondit pertinere, nisi aliud sensisse testatorem probetur“ (Resp. 3).

L. 41 § 15 D. de fideic. lib. 40. 5 „respondit posse uideri testatorem eos annos octo dilatae libertatis comprehendisse, qui computandi sunt a die testamenti facti, nisi aliud uoluisse testatorem probaretur“ (Resp. 4).

L. 20 § 2 D. de instruct. 33. 7 „respondit, secundum ea, quae proponerentur, ita uideri dedisse, nisi is, a quo peteretur, aliud testatorem sensisse, manifeste doceret“ (Resp. 3).

---

[1]) Mit geringen Abweichungen in der Exposition, bezüglich der Antwort sogar fast buchstäblich übereinstimmend (das si hinter nisi fehlt, und für probaretur steht probetur; ein klarer Beweis, wie wenig auf diese Dinge zu geben ist) lautet L. 25 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2 aus dem vierten Buch der Responsen.


Digitized by Google

L. 135 pr. D. V. O. 45. 1 „respondit, secundum ea, quae proponerentur, ex die stipulationis deberi, nisi aliud actum manifeste probaretur“ (Resp. 5).

L. 243 D. V. S. 50. 16 „nisi manifeste is, a quo peteretur, contra defuncti uoluntatem doceret peti“ (Dig. 18).

L. 27 § 3 D. de instruct. 33. 7 „nisi manifeste contrariam uoluntatem coheredes approbant“ (Dig. 6).

Dann noch ein Citat bei Paulus:

L. 16 D. de dote prael. 33. 4 „Scaeuola — respondit, non uideri, nisi manifeste uxor docuisset, eam testantis uoluntatem fuisse —“ (Paul. lib. II ad Vitell.).

In allen diesen Stellen handelt es sich um die Auslegung einer an sich zweifelhaften Anordnung des Testators; Scävola entscheidet sich theils unter Berücksichtigung besonderer Thatumstände, theils auch bloss im Hinblick auf den vorliegenden Wortlaut der Verfügung für eine bestimmte Auffassung derselben, lässt aber den Gegenbeweis offen. Sein Bescheid würde sachlich anfechtbar sein ohne den Hinweis auf eine derartige Möglichkeit. Wohl findet sich eine gleiche Redewendung auch vereinzelt in Justinian's Constitutionen; so in L. 11 C. cond. ind. IV. 5 v. J. 530 „et praesumtionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur“, allein hier ist dieser Zusatz völlig nichtssagend, da er nur wiederholt, was in dem unmittelbar Vorhergehenden schon ausgesprochen ist. Einwandsfrei in ihrer logischen Structur ist L. 13 i. f. C. de usufr. III. 33 ebenfalls aus dem Jahre 530 „— nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter euidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium ei domus esse relictum“. Justinian stellt in dieser Constitution die Bedeutung des Vermächtnisses einer „habitatio“ fest; Eigenthum am Hause ist damit nicht gegeben, der Legatar müsste denn den positiven Beweis dafür erbringen. Das schliesst sich allerdings genau an die aus Scävola mitgetheilten Beispiele an. Das ist aber auch Alles, was ich von vollkommen zutreffenden Parallelstellen zu den oben ausgeschriebenen Citaten in Justinian's Constitutionen gefunden habe. Denn was man sonst etwa noch anführen könnte, L. 23 i. f. C. de legat. VI. 37 „— ad dimidiam partem

Digitized by Google

unumquemque uocari, nisi specialiter expresserit et dixerit testator, tantas quidem partes uelle unum tantas autem alterum habere", weicht doch insofern von dem fraglichen Schema ab, als hier der mit nisi eingeleitete Satz eine Ausnahme von der eben sanctionierten Interpretationsregel, nicht das Thema eines möglichen Gegenbeweises enthält, und bildet somit den Uebergang zu den sehr viel zahlreicheren Fällen, wo mit nisi der Thatbestand, unter dem eine Rechtsregel Platz greifen soll, geändert, und letztere demgemäss für nicht mehr zutreffend erklärt wird [1]). Genau dasselbe ist von L. 3 C. V. S. VI. 38 zu sagen, und wiederum gehören diese beiden Constitutionen dem Jahre 530 an.

So stellt sich nun meiner Meinung nach die Frage dahin: haben wir die sämmtlichen aus Scävola ausgehobenen Fragmente um der wenigen in Justinian's Constitutionen vorfindlichen analogen Stellen willen für Interpolationen zu erklären, oder sollen wir in den letzteren Reminiscenzen der Verfasser der Decisionen an ihre kaum beendete Lectüre der Werke der classischen Juristen erblicken? Ich stehe keinen Augenblick an dies Zweite für das weitaus Wahrscheinlichere zu halten.

Damit muss dann aber auch die fernere Behauptung von Gradenwitz (p. 79) aufgegeben werden, dass „solche Nebensätze mit nisi stets verdächtig" seien. Eisele spricht sich denn doch viel vorsichtiger aus. Aber für L. 27 § 3 D. de instruct. 33. 7 wird ausserdem noch der Zusatz manifeste zu approbant als ein den Verdacht verstärkendes Moment hervorgehoben. Ich glaube, damit verhält es sich genau so, wie mit approbare selbst. Die Form manifeste für das klassische manifesto kann keinen Anstoss erregen. Einmal bedient sich schon Appuleius des Adverbs manifeste, dann könnte die spätere Form durch Compilatoren oder Abschreiber hineincorrigiert sein, ohne dass eine umfassendere Textveränderung vorgenommen wäre. Manifesto aber hat Cicero in ganz ähnlicher Verbindung „sed etiam a senatu et a uobis manifesto

[1]) Von derartigen Stellen kommt im Ausdruck den hier besprochenen am nächsten L. 5 § 4 C. de temp. et rep. VII. 63 „nisi ipse appellator etc." v. J. 529, wo übrigens der oben bei L. 11 C. cond. ind. gerügte logische Fehler wiederkehrt, vergl. noch L. 14 i. f. C. de contr. stip. VIII. 38.

Digitized by Google

deprehenderetur" (in Catil. III. c. 2 § 4 i. f.) „exponam uobis Oppianici facinus manifesto compertum atque deprehensum" (pro Cluent. c. 14 i. f.) „se comperisse manifesto" (Brut. c. 80 § 277); desgleichen Plinius „umorem hunc — in lapidem concrescere manifesto adparet" (H. N. 36, 45 § 161) „uiuere esca manifesto conchae minutae in his repertae ostendunt" (ibid. 9. 69 § 149 init.). Vollends bei Scävola treffen wir das Wort mit einer ganzen Reihe verschiedener Verba zusammengestellt. So heisst es abgesehen von den schon oben (p. 160) mitgetheilten fünf letzten Fragmenten in

L. 27 § 2 D. de instruct. 33. 7 „quaerendum, an manifeste appareat defuncta id, de quo quaereretur, dari noluisse" (Dig. 6).

L. 102 pr. D. de leg. III. 32 „respondit, non quidem manifeste apparere, quid de praediis sensisset" (Dig. 10).

L. 20 pr. D. de instruct. 33. 7 „non amplius deberi, quam — instructi appellatione contineri uelle se manifeste ostendisset" (Resp. 3).

L. 34 § 2 D. de leg. III. 32 „respondit, manifeste proponi, ex reditibus bonorum eorum iussum aes alienum exsoluere, non de proprio" (Dig. 16).

L. 6 D. de probat. 22. 3 „Patronum manifeste docere debere, libertum in fraudem suam aliquid dedisse" (Resp. 2).

L. 88 § 11 D. de leg. II. 31 „respondi secundum ea, quae proponerentur, ita deberi, si hi, qui petent, manifeste docerent, eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse coepisse etc." (Resp. 3).

L. 19 pr. D. de ann. 33. 1 „respondit, nec ab herede legatarii, nisi testatorem manifeste probetur uoluisse etiam finito usufructu praestari" (Dig. 17).

In L. 58 § 2 D. de usufr. 7. 1 soll auch noch das specialiter die Hand der Compilatoren verrathen. Aber auch specialiter im Gegensatz zu generatim und generaliter ist ein durchaus gebräuchliches Wort. So steht es Gai. I. § 168. II. § 104. IV. § 53^{b}. Vlp. VI. § 5. VIII. § 2. Collat. II. 5 § 1. Man könnte demnach nur gegen die Verbindung specialiter probare Bedenken hegen. Es ist nun in der That nicht zu läugnen, dass der Ausdruck hier wie eine Art Flickwort eingefügt

Digitized by Google

wird; sp. probare sagt im Grunde nicht mehr als probare allein. Aber genau so überflüssig steht es in L. 38 pr. D. de aur. 34. 2 aus dem dritten Buche der Responsen des Scävola „multas species tam argenti quam uestis specialiter per fideicommissum reliquit“; ähnlich in L. 15 D. eod. „quidquid tibi specialiter in auro, argento legaui“ (Dig. 15); anders schon in L. 33 § 2 D. de usu leg. 33. 2, wo das Wort in die Bedeutung „ausdrücklich“ überspielt. So scheint mir denn auch specialiter approbare oder probare mit Scävola's Sprachgebrauch wohl verträglich, zumal die beiden citierten Fragmente den ausgeschriebenen Satz in der Darlegung des Thatbestandes haben, wo eine Interpolation der Compilatoren viel unwahrscheinlicher ist, als in dem eigentlichen Responsum, und in Justinian's Constitutionen „specialiter ostendere, approbare“ nur, soweit ich weiss, an zwei Orten vorkommt, den beiden schon früher angeführten Decisionen von 530 L. 11 C. cond. ind. IV. 5 und L. 13 i. f. C. de usufr. III. 33. Ich finde nach alle dem keinen genügenden Grund, in L. 58 § 2 D. de usufr. 7. 1 eine Justinianische Interpolation anzunehmen.

Greifen wir eine andere Stelle heraus. In der aus dem zweiten Buche von Scävola's Digesten entlehnten L. 39 § 1 D. de minor. 4. 4 wäre nach Gradenwitz (p. 81) der Schlusssatz des Responsum „nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emtor fecisse adprobauerit, ei praestare, maxime cum sit ei paratum promptum auxilium curatoribus eius idoneis constitutis“ unecht, der Bescheid des Juristen laute nur dahin „uix esse eum restituendum“. Sehen wir die speciell dafür geltend gemachten Gründe an, denn die allgemeinen, „die Verdächtigkeit solcher Sätze mit nisi“ und „die Unwahrscheinlichkeit, dass Scävola, der knappe Respondent, eine so lang ausgesponnene Entscheidung gegeben habe“, sind schon zur Genüge besprochen, so heisst es „1. maluerit statt uoluerit ist durchaus Justinianeisch“. Bekanntlich steht nun malo selbst in der besten Latinität auch ohne einen ausdrücklichen Vergleich da, wo letzterer nahe genug liegt, um ohne Schwierigkeit ergänzt zu werden, wie wir auch im Deutschen oftmals ebensogut „vorziehen“, wie „sich entschliessen, wollen“ gebrauchen können. Es ist richtig, dass Justinian sich in solchen Fällen mit ganz besonderer Vorliebe des Ausdrucks

Digitized by Google

„malle“ bedient; in etwas geringerer Häufigkeit findet sich indessen diese Sprechweise ebenfalls bei den römischen Juristen (vergl. z. B. Vlp. in der Collat. VII. 3 § 3 „sin autem, cum posset apprehendere, maluit occidere“) und unter ihnen bei Scävola selbst; so L. 98 i. f. D. A. v. O. H. 29. 2 „quae adisset et maluisset integra hereditaria onera subire“ (Dig. 26), sie hätte ja auch ablehnen können; in L. 7 D. quod cum eo 14. 5 „esse in potestate creditoris — utrum filium — an heredes — mallet conuenire“ (Resp. 1) es würde logisch uellet genügt haben, ja selbst diess hätte, ebenso wie maluit in der Collatio allenfalls ganz wegbleiben können; in L. 26 D. ad. leg. Falc. 35. 2 „ac, si malit, posse uindicare partem“ (Resp. 5) wieder wäre uelit ausreichend gewesen. Genau so ist es nun auch in unserer Stelle, dem Pupillen wird die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten offen gelassen, und die Entscheidung für die eine als malle bezeichnet. „2. expensa statt impensa ist in den Digesten mindestens ungewöhnlich.“ Allein gerade bei Scävola findet es sich noch an einer zweiten Stelle L. 61 pr. D. loc. 19. 2 „respondit, uel expensas consecuturum“ (Dig. 17), die in keiner Weise irgend verdächtig erscheinen kann. „3. Die Construktion in dem Satze quas . . . fecisse approbauerit ist ganz uncorrekt, es fehlt ein se.“ Davon gilt, was schon oben über die Unzuverlässigkeit des Digestentextes in solchen sprachlichen Kleinigkeiten gesagt ist; zum Ueberflusse vergleiche man L. 24 D. de leg. Cornel. de fals. 48. 10 „professus est, probaturum“ (Dig. 22) L. 58 pr. D. de adm. tut. 26. 7 „Pamphilus autem putauit, reddere oportere“ (Dig. 19), beidemal fehlt der Subjectsaccusativ se. L. 88 § 2 D. de leg. II. 31 „respondi, secundum ea, quae proponerentur, ea dumtaxat onera legatariis imposuisse“ (Resp. 3) hier ist der Subjectsaccusativ eam ausgelassen. Ich denke, das wird vorläufig genügen. Bedenklicher erscheint vielleicht die Ungelenkigkeit in den Schlussworten „maxime cum . . constitutis“. Allein zunächst die Gegenfrage: sind wir berechtigt, uns unter den Compilatoren Leute vorzustellen, die bloss stammelnd Latein reden konnten? Die Sprache der Justinianischen Constitutionen ist, wenn sie auch manche Eigenthümlichkeiten zeigt, uns etwas schwülstig und breit erscheint, im Allgemeinen doch nichts weniger als ungewandt,

Digitized by Google

im Gegentheil, sie ist eher zu flüssig. Und dann stossen wir eben bei Scävola auf eine ganze Reihe solcher schwerfälligen, nach einem passenden Ausdruck förmlich ringenden Stellen. So L. 94 i. f. D. ad leg. Falc. 35. 2 „quam uoluntati defuncti soluendum praestando pareret“ (Dig. 21), L. 29 D. de test. lib. 40. 4 „semel datam libertatem infirmari, contrarium studium fauore libertatis est“ (Dig. 23), L. 51 D. de pecul. 15. 1. Der ganze Absatz von „quod enim dicitur“ an. Die Stelle ist aus dem zweiten Buch der Quästionen. L. 41 § 1. D. de fideic. lib. 40. 5 „uerum si manifeste studium non soluentis ei rei paratum, ut libertatibus mora fieret, probaretur“ (Resp. 4), L. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8 „et ea uia iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent“ (Resp. 5). Sollen auch hier, und erschöpfend ist diese Blumenlese noch nicht, überall Interpolationen angenommen werden? Ich fürchte fast, wenn wir auf den von Gradenwitz eingeschlagenen Wegen consequent weiter gehen, kommen wir schliesslich dazu, den ganzen Scävola für eine Interpolation der Compilatoren erklären zu müssen. Zweifelhaft bin ich freilich auch, ob ich diese Incorrectheiten des Ausdrucks auf Rechnung schlechter Handschriften, welche die Compilatoren benutzten, oder auf eine gelegentliche Nachlässigkeit des Autors setzen soll. Die ziemlich gleichmässige Vertheilung dieser anstössigen Stellen auf die verschiedenen Werke des Scävola, die nicht alle einer einzigen Handschrift entnommen sein können, giebt der letztgedachten Annahme ein gewisses Uebergewicht. Es ist sehr wohl möglich, dass Scävola bei flüchtigem Hinschreiben einen ganz anderen Stil hatte, als in den Stücken, die, wie das klar ersichtlich ist, mit peinlichster Sorgfalt von ihm wieder und wieder überarbeitet sind, und dass das durch irgend ein Versehen in dem ersten saloppen Gewande Gebliebene neben jenem wie die Rede eines ganz anderen Mannes erscheint. Indessen das bedarf noch einer eingehenderen Untersuchung, als ich sie hier anzustellen vermag. Ich kehre zu unserem Fragmente zurück. Die nackte Entscheidung „uix restituendum“ will mir mit der sonstigen Gewohnheit des Juristen nicht recht stimmen. Eine derartige, kurze Antwort ertheilt er nur, wo nach dem Vortrage der Sache eine einfache und bestimmte Auskunft sich geben lässt.

Digitized by Google

Wo diess nicht möglich ist, geht er mehr in das Detail ein, wie es hier geschieht, indem er die Bedingungen namhaft macht, unter denen etwa in integrum restitutio erfolgen könne. Genau so macht es Paulus in L. 23 D. de minor. 4. 4 „non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit, nec a procuratore seruari res possit“ (ad ed. 11). Und in Uebereinstimmung mit dem Gesagten antwortet Scävola, mit Ausnahme einer Stelle, der L. 15 § 1 D. de alim. leg. 34. 1 nie schlechthin iudicem aestimaturum, sondern er giebt zugleich die Gesichtspunkte an, von denen der Richter sich bei seiner Würdigung des vorliegenden Verhältnisses soll leiten lassen. So L. 47 pr. D. de minor. 4. 4. L. 14 D. de dote leg. 33. 4. L. 16 § 1 D. de alim. leg. 34. 1. L. 28 § 9. L. 31 pr. D. de lib. leg. 34. 3. L. 40 § 7 D. de statu lib. 40. 7. Und diess Moment ist auch bezüglich der L. 28 § 3 D. de lib. leg. nicht zu übersehen, wo Gradenwitz (p. 71) den Scävola mit den Worten „eum, cuius notio est, aestimaturum“ will abbrechen lassen. Denn in L. 15 § 1 D. cit. heisst „eum, cuius notio est, aestimaturum“, der Richter werde der Anfrage gemäss, in dem Sinne, in welchem diese gestellt sei, entscheiden. Das beweist schon die Note des Claudius „merito“.

Es liegt nicht in meiner Absicht, die sämmtlichen von Gradenwitz angezweifelten Fragmente des Scävola in gleicher Weise durchzugehen; das würde eine Untersuchung werden, deren Umfang die in einer Zeitschrift zu beobachtenden Raumgrenzen übersteigen dürfte, zumal dabei vielfach auf die Stellung des Scävola zu materiellen Fragen, auf die Position, die er in der geschichtlichen Entwickelung des römischen Rechtes eingenommen hat, müsste eingegangen werden. Ich habe herausgehoben, was sich mir an mehr äusserlichen Kriterien zur Entscheidung der Frage nach Interpolationen in seinen Werken darbot. Ich glaube aber auch so gezeigt zu haben, dass die von meinem Gegner befolgte Methode zu sicheren Resultaten nicht führen kann, dass diess ein Gebiet ist, wo jeder Schritt mit grosser Vorsicht gethan sein will, und ein klares Ergebniss nur durch sehr viel complicertere Arbeiten, als man sie bisher an diese Materie gewandt hat, zu erzielen ist.

Die Erwiderung des Dr. Gradenwitz auf den vorstehenden Aufsatz hat wegen Raummangels nicht abgedruckt werden können. Sie wird in dessen Schrift über Interpolationen erscheinen, die sich im Drucke befindet. A. P.

Digitized by Google

VII.

Die imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren.

Von

Herrn Professor **Adolf Exner**

in Wien.

Seit durch Studemund's Gajuslesung Einiges mehr über die Einzelheiten des klassischen Interdiktenprozesses bekannt geworden, hat es nicht an scharfsinnigen Bemühungen gefehlt die neu gewonnenen Stücke und Stückchen in das immer noch sehr trümmerhafte Bild unserer Ueberlieferung einzufügen. Ein Punkt, auf welchem diese Arbeit bisher wie es scheint nicht recht hat gelingen wollen — da weder Klarheit der Sache noch Uebereinstimmung der Meinungen erzielt werden konnte — ist die Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Vim facere in dem Verfahren Uti possidetis.

Ohne in eine zu ausführliche Kritik der sehr verschiedenen Auffassungen, die in letzter Zeit darüber laut geworden sind [1]), einzugehen, will ich nur die Hauptbedenken berühren, welche den bisher versuchten Erklärungen des fraglichen Rechtsvorganges entgegen zu stehen scheinen, und sodann eine Deutung desselben zu entwickeln versuchen, die sich mir aus der lebendigen Anschauung wirklicher Besitzstörungsstreitigkeiten ungesucht ergeben hat.

Bekanntlich stellt Gajus in seiner leider auch jetzt noch höchst lückenhaften Beschreibung des Verfahrens bei den inter-

[1]) Neuere Arbeiten, worin auch über die älteren Meinungen die Nachweisungen sich finden, sind: Karlowa, Beiträge, S. 26 ff., Krüger, Krit. Vers. S. 66 ff., Bruns, Besitzklagen, § 4, Münderloh, Sav.-Ztschr. III, S. 219 ff. IV, S. 61 ff. Cappeyne van de Coppello, Abhdlg. II, S. 115 ff. (1885), vergl. Baron, Krit. Vjschr. XXVIII, S. 235 ff., Keller-Wach, Civ. Pr. Note 873.



dicta retinendae possessionis den Verlauf des U. p. so dar[2]): Es beginnt mit dem reddere interdictum, dem auf Antrag Einer Partei gegen beide vom Prätor erlassenen Gewaltverbot: Uti possidetis .... quo minus ita possideatis, vim fieri veto. Hierauf folgen die Cetera ex interdicto — was ein technischer Ausdruck sein muss, wie die zweimalige Anführung in § 170, zusammengehalten mit einer Stelle Frontins[3]) ergibt, — auf deren diligenter peragere für den Ausgang des Prozesses so Viel ankam. Darunter aber ist eine Kette von Parteihandlungen zu verstehen, welche im Allgemeinen den Zweck haben, den ordentlichen Fortgang des Verfahrens zu ermöglichen; ihre einzelnen Glieder hat Gajus in den lückenhaften §§ 165 ff. beschrieben und sodann in dem jetzt lesbaren § 170 in folgender Reihenfolge rekapitulirt: 1) Vim facere, 2) fructus licitatio, 3) satisdatio fructus licitationis, 4) Sponsiones et restipulationes, 5) accipere sponsionum judicia. Wer zu Einer dieser fünf Rechtshandlungen seine Mitwirkung versagt, dem droht ein interdictum secundarium mit empfindlichen, hier nicht zu erörternden Rechtsnachtheilen. — Wir kennen die Bedeutung der letzten vier Stücke der obigen Reihe: Meistbotsverhandlung über den Besitzgenuss während der Prozessdauer; Zusage einer Strafsumme seitens des Erstehers des Zwischenbesitzes für den Fall seines endlichen Unterliegens; Strafsponsion und eben solche Restipulation beider Theile auf die Bedingung si adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit; endlich Litiskontestation über die Klagen aus den letztgenannten Stipulationen.

Was aber bedeutet das an erster Stelle bei Gajus genannte Vim facere, worin besteht es, und was ist sein Zweck?

So verschieden die neueren Antworten auf diese Fragen sind, darüber wenigstens herrscht nahezu Uebereinstimmung, dass man die „Vis“ unseres vim facere nothwendig in die engste Beziehung setzen muss zu der im prätorischen Interdikt verbotenen und sodann in den Sponsionen beider Parteien

[2]) IV, 166—171 ed. Krüger et Studemund 1884.

[3]) Si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur; magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cujus est executio perplexissima. Frontin de controv. agr. 11. p. 44 (Lachmann).

Digitized by Google

bezogenen vis. In der That kann nichts klarer sein, als die Abfolge: Gewaltverbot (vim fieri veto), Gewaltverübung (vim facere), Streit und Wette, wem Gewalt geschehen sei (cui possidenti vis facta sit). Und doch ist mit der Aufstellung dieser Reihenfolge das Gebiet des allseitig für richtig Gehaltenen schon überschritten, denn Einige wollen (aus unten zu berührenden Gründen) dem vim facere unter Umständen auch schon vor dem interdictum redditum seinen Platz anweisen. Allein dieser Gedanke muss vorweg verworfen werden, wenn man auf dem Boden der Darstellung des Gajus stehen bleiben will, und dazu haben wir alle Ursache, solange diese Darstellung die einzige zusammenhängende Quelle unseres Wissens vom klassischen Interdiktenverfahren ist. Denn nicht nur setzt Gajus das vim facere, indem er es an der Spitze der cetera ex interdicto aufführt, ganz bestimmt in die Mitte zwischen das reddere interdictum und das sponsiones facere, sondern es ist eine andere zeitliche Anordnung dieser Handlungen auch innerlich nicht möglich, solange man die Identität der „vis" in jenen drei Stücken des Verfahrens festhält: Das Verbieten einer schon verübten Gewalt hat ebensowenig Sinn, als eine Wette darüber, ob die frühere vis dem späteren Verbot zuwider gelaufen sei.

Betrachtet man also die oben (nach Gajus) gegebene Reihenfolge zugleich als die nothwendige Zeitfolge jener Akte, so kann man dann weiterhin immer noch die Bedeutung des uns interessirenden Mittelgliedes wesentlich in seiner prozesslogischen, oder aber in einer irgendwelchen praktischen Funktion suchen. Ersteres hat Krüger (dem hierin auch Bruns gefolgt ist) gethan. Ihm zufolge wäre das vim facere ein rein formales Gelenk der Prozedur in jure gewesen; es hatte keinen weiteren Zweck, als den nun einmal auf vim fieri veto gefassten prätorischen Befehl sofort formal zu verletzen, um daran alles Weitere anzuschliessen[4]); die Defensionspflicht beider Parteien schliesst es in sich, „dass sie durch Vornahme einer vis ex conventu die Möglichkeit

---

[4]) Krüger, Krit. Versuche insbes. S. 84 ff.; dass das Ganze sich kontinuirlich in jure abgespielt haben soll, wird S. 87 deutlich. Dieselbe Auffassung hat Meischeider, Bes. S. 433.

Digitized by Google

herbeiführen den Besitzstreit eingewickelt in die Frage, ob gegen das Verbot der Gewalt gefehlt sei, zur Entscheidung zu bringen". An die „Unbehülflichkeit" eines an Ort und Stelle vorzunehmenden Rechtsaktes wäre also bei unserer vis nicht zu denken, sondern es folgen sich die cetera ex interdicto bei der Verhandlung in jure Schlag auf Schlag, so dass diese bei gehöriger beiderseitiger Defension in Einem Termin bis zur Litiskontestation über die Sponsionsklagen gelangen kann.

Mit Recht hat man an solchem öden Formalismus Anstoss genommen und gefragt [5]), warum denn der Prätor sein Dekret nicht anders und zwar so formulirt habe, dass jenes symbolische Zuwiderhandeln erspart und die Frage gleich von vornherein auf das uter possideat gestellt worden wäre? In der That, mag man auch dem konservativen Sinn und dem Formenbedürfniss der Römer sehr weitgehende Rechnung tragen, bedenklich bleibt eine solche Vorstellung immer; schwerlich lässt sich die Aufstellung einer so von Haus aus jedes praktischen Inhaltes baaren, blos zur Befriedigung eines prozesslogischen Bedürfnisses erfundenen Formalhandlung in einem der wichtigsten Prozesse des täglichen Lebens, und noch schwerer lässt sich ihr Fortbestand bis auf Gajus Zeiten herab damit erklären oder entschuldigen, dass die Prätoren „nicht immer gleich den kürzesten Weg gefunden haben, um einen Prozess zur Entscheidung zu bringen" [6]). Uebrigens hat Niemand versucht, sich eine deutliche Vorstellung von dem Inhalte der vorausgesetzten symbolischen Gewalthandlung in jure zu bilden. Soll es eine vis zwischen den Personen der Gegner sein, etwa eine drohende Gebärde oder Handanlegung? Dann würde sie den Streitfall sehr ungenügend, um nicht zu sagen unrichtig, symbolisieren. Oder soll das vim facere, ähnlich wie beim alten Vindikationsritus, an einer gleba oder einem Ziegel vollzogen werden? Das wäre wahrscheinlicher, würde aber doch auch nur für einen Theil der wirklichen Besitzprozesse ein passendes Symbol abgeben, nämlich für die Fälle, wo jeder Theil sich den Allein-

---

[5]) Cappeyne, a. a. O. S. 121.

[6]) Krüger, S. 86.

Digitized by Google

besitz des ganzen streitigen fundus zuschreibt. Dass aber eben diese Fälle nicht die gemeinsten sind, und dass nicht sie den Typus für die Gestaltung des Uti possidetis abgegeben haben, wird unten darzulegen sein. — Indessen scheint mir, es lässt sich die in Rede stehende Vorstellung von dem vim facere, als einer an das interdictum redditum sich in jure sofort anschliessenden Formalität, auch quellenmässig als unwahrscheinlich erweisen. Bei den interdicta simplicia nämlich kommt ja auch ein Theil jener cetera vor, allerdings nicht das vim facere und fructus licitare, wohl aber sponsio und restipulatio mit dem entsprechenden judicia accipere. Diese Akte nun folgen keineswegs dem interdictum redditum in der Verhandlung vor dem Prätor unmittelbar nach, sondern gelangen erst späterhin zur Ausführung [7]), wie aus dem Bericht bei Gaj. IV. 164, 165 zu ersehen; denn erst nachdem der Kläger tacitus de jure exierit, ist es entschieden, dass das Verfahren sich cum periculo weiter entwickeln wird, und hiernach erst erfolgt das actor provocat adversarium sponsione etc. Gewiss wird man nicht daran denken wollen, dass der actor nur zum Schein ex jure exeat (was gar keinen Sinn hätte), um sogleich zurückzukehren und die Sache in jure fortzusetzen, sondern mit seinem tacite exire ist für diessmal Alles zu Ende; er hat sich hinsichtlich des arbitrium präkludiert und der Prozess nimmt nun ohne die Möglichkeit eines solchen seinen ordentlichen Fortgang. Schliesst also hier die erste Verhandlung vor dem Prätor mit dem interdictum redditum ab, so ist nicht einzusehen, warum das bei dem Uti possidetis anders gewesen sein soll.

Das führt von selbst zu der neuerlich besonders durch Cappeyne trefflich durchgeführten Annahme, das fragliche vim facere sei eine aussergerichtliche Prozesshandlung der Parteien gewesen, bestehend in einer auf dem streitigen fundus selbst unter Beobachtung herkömmlicher Förmlichkeiten vorzunehmenden gegenseitigen Gewaltbezeigung; keine wilde, sondern eine civilisirte vis, vis ex conventu. Ganz vereinzelt steht dagegen die Ansicht Karlowa's [8]), wonach das vim

[7]) Worauf auch schon Bruns, Besitzkl. S. 37 hingewiesen hat.
[8]) Der röm. Civ.-Prozess, S. 104.

Digitized by Google

facere nicht nur keine gerichtliche, sondern überhaupt gar keine Prozesshandlung sein, vielmehr blos factische „Besitzhandlungen" der Parteien in der Zeit nach dem Inderdikt bedeuten soll. Aber dann würde es ganz aus dem Rahmen der sonstigen cetera ex interdicto herausfallen, die doch sämmtlich Prozessgeschäfte sind. Auch ist längst bemerkt, wie anstössig die Vorstellung von wirklichen Gewaltakten sei, die der Prätor nicht nur duldet sondern (durch Androhung der secundaria) erzwingt. Mag immerhin letzteres Bedenken, wie ich glaube, auf moderner Empfindung beruhen und für älteste Zeiten nicht zutreffen, so liegt es doch im Zug der historischen Entwickelung solcher Dinge, dass der ursprünglich vielleicht formlose und zuweilen brutale Zusammenstoss, weil durch die Oekonomie des Prozesses bedingt und vom Prätor gefordert, allmälig civile Gestalt annehmen und zur formalisierten Rechtshandlung sich umbilden musste. Und das wieder scheint trefflich zu stimmen mit dem Bilde, welches wir aus Ciceros Reden pro Caecina und pro Tullio über vis ac deductio moribus, ad vim faciundam venire, vim facere ex conventu empfangen[9]). Indessen scheint es nur so. In Wahrheit hat die Heranziehung des in jenen klassischen Prozessen vorliegenden Stoffes bei genauerer Untersuchung die Schwierigkeiten unserer Frage verdoppelt; zu der ohnehin ungelösten Differenz der Meinungen über den Sinn und Zweck des vim facere kam die Frage nach dem Orte hinzu, welcher dieser Handlung im Lauf des Besitzprozesses anzuweisen sei. Denn die bei Cicero besprochenen, als vis ex conventu, deductio quae moribus fit bezeichneten Rechtshandlungen haben, wie nach eindringender Untersuchung jener Reden nunmehr feststeht, durchaus vor dem ersten gerichtlichen Termin stattgefunden, während unser vim facere nach Gajus' Darstellung in die Zeit nach demselben gesetzt werden muss. Münderloh zerhaut diese Schwierigkeit durch die ganz willkürliche Annahme einer Rechtsänderung zwischen Cicero's und Gajus'

---

[9]) Vergl. die ausführliche Analyse der Reden bei Cappeyne, S. 129 ff.; Keller, Semestria ad M. T. Cicer. p. 275 ff., 359, 369 f., 544 ff.; Bethmann-Hollweg, C.-Pr. II, S. 827 ff.

Digitized by Google

Zeit[10]), wofür weder innere Gründe noch äussere Belege erfindlich sind; Cappeyne umgeht sie durch die höchst bedenkliche Unterstellung, es habe den Parteien freigestanden nach Gelegenheit und Belieben das vim facere entweder nach oder auch schon vor dem interdictum redditum abzumachen. Dann jedoch kann nach Obigem die vis facta nicht jene vis adversus edictum sein, auf welche die Sponsionen gestellt werden; und diese Erkenntniss führt bei Cappeyne folgerichtig zu der Nothwendigkeit, die letztere vis in einem der übrigen dem prätorischen Interdikt nothwendig nachfolgenden Stücke des Rechtsganges zu suchen. Er findet sie in der Einlassung auf den Prozess aus den Sponsionen: „Vis ist jedes Sichwidersetzen, und darin, dass man vor dem judex sponsionum als Prozesspartei auftritt, liegt die durch die pönale Verurtheilung gestrafte Widersetzlichkeit; vim facere bezeichnet in judicio den Prozessverlust"[11]). Das ergibt also ein doppeltes vim facere: Erstlich die betreffende Formalhandlung, die schon vor dem Prozessbeginn aussergerichtlich stattfinden kann und den (unten noch zu erörternden) Zweck der Identifizierung des streitigen fundus haben soll, sodann zweitens die ideelle vis, welche in der Vornahme der Litiskontestationen für die künftig unterliegende Partei enthalten sein soll, und auf welche letztere das vim fieri veto und die Sponsionen allein sich beziehen. Gewiss erscheint solche Duplizität schon an sich bedenklich; aber noch mehr: ihr erstes Glied — dass der Anfang der cetera ex interdicto dem interdictum vorausgehen könne, oder dass die vis ex interdicto facta eine andere vis sei, als die vis adversus interdictum praetoris der Sponsionen — ist mit Gajus' Darstellung unvereinbar, und ihr zweites Glied ist unmöglich: denn wo sonst in unsern Quellen wird eine bona fide übernommene Sachdefension als

---

[10]) So gelegentlich schon Meischeider, S. 433, der aber das vim facere des klassischen Rechts mit Krüger in die Verhandlung vor dem Prätor verlegt.

[11]) S. 128, 125. Früher hatte Keller, der von unserem vim facere, wie es jetzt bei Gajus vorliegt, nichts wissen konnte, die den Sponsionen entsprechende vis in der Theilnahme an der fructus licitatio erblicken wollen. Zeitschr. f. G. R.-W. XI. S. 318; ähnlich Rudorff zu Savigny Bes. Num. 131.

Digitized by Google

vis bezeichnet, und wo bedeutet vim facere einen Prozess verlieren?[12])

Fakultativ, aber in anderem Sinne, ist unser Vim facere auch nach der Auffassung von Bruns[13]). Ihm zufolge nämlich kann dieser Akt zwar stets nur nach dem interdictum redditum vorkommen, wenn er überhaupt nöthig ist, aber er ist keineswegs überall nöthig, sondern „blos eine Aushülfe für einzelne Fälle". Denn das Gewöhnliche dürfte gewesen sein, dass die Parteien nach dem Erlass des Interdiktes auseinandergehen und das Weitere abwarten; erfolgt alsdann eine reale Störung, eine wirkliche nicht blos symbolische vis, so bilde diese „reale Nichtbefolgung des Interdiktes" die Grundlage zur Fortsetzung des Verfahrens durch die Sponsionen, welche nun darauf abgestellt wurden, ob durch den betreffenden reellen Störungsakt das Interdikt übertreten sei. Hier ist kein Raum und Bedürfniss für eine vis ex conventu. Anders, wenn die Parteien es auf solche brutale Thatsachen nicht ankommen lassen wollen, sondern ihre controversia de possessione nach Art eines Präjudiciums ohne weiteres zum richterlichen Austrag gebracht wünschen. Dann bedurfte es einer künstlichen Vermittlung zwischen dem Gewaltverbot und den Sponsionen; eben diese stellt die vis ex conventu her, sie ist „nur ein Hilfsmittel, um eine friedliche Weiterführung des Prozesses möglich zu machen". — Man sieht, es ist dieselbe Grundauffassung von dem vim facere, als einem rein logisch geforderten Triebrad im Prozessmechanismus ohne eigentliche praktische Funktion, wie bei Krüger; nur dass letzterer dasselbe zum nothwendigen Prozessakt macht, da

[12]) Für l. Col. Jul. Gen. LXI ist diese Deutung von vim facere allerdings von Mommsen, Ephem. epigr. 3, p. 110 versucht; s. aber dagegen Zeitschr. f. R.-G. XIII. S. 394, 395; Voigt, die XII Taff. I, S. 577. — Die Einsicht von der Unmöglichkeit einer solchen Deutung führte Bruns' Scharfblick schon 1848 zur Vermuthung der jüngst in Gajus entzifferten vis. Rt. d. Bes. im Mittelalter S. 46: „Wahrscheinlich, doch nicht erweisbar, vermittelte man die Sache dann formell durch eine vis ex conventu, eine Art deductio moribus."

[13]) Besitzklagen S. 33 ff.; hierin beistimmend Bekker, Aktionen II, S. 65 („Erforderniss der vis ex conventu, wo die nicht vertragsmässige vis fehlt"), Münderloh, a. a. O. S. 70 („wenn der Interdizent deduzirt werden wollte").

Digitized by Google

ihm jeder Besitzstreit wesentlich präjudizieller Natur ist, während Bruns eben dieses lebhaft bestreitet und daher auch die symbolische Vis nur subsidiär zulassen will für die Fälle, welche ausnahmsweise eine solche Natur haben. Gerade hierin aber befindet er sich doch wohl in unlösbarem Widerspruch zu Gajus:

> Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus quod secundo loco redduntur; quorum (vis et potest)as haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur etc. .... restituat adversario possessionem etc. (IV, 170).

Um seine Lieblingsidee zu retten, „dass wirkliche Gewalt zwischen Interdikt und Sponsion möglich war, und diese also ohne vis ex conventu geschlossen werden konnte“ [14]), greift Bruns zu einer ganz unmöglichen Interpretation der Stelle: „Gajus sagt nicht, dass stets, wenn eine Partei keine vis vornehmen wolle, die sekundären Interdikte einträten, sondern nur, dass es dann geschehe, wenn Einzelne cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, also nur wenn Jemand aus Chikane, um die Weiterführung des Prozesses zu hindern, sich weigerte. Wenn der Prozess daher ohne vis ex conventu weitergeführt werden konnte, so war kein Grund diese zu erzwingen.“ [15]) — Aber quia heisst nicht „wenn“, und Gajus sagt mit seiner ganzen berühmten Deutlichkeit eben Das, was Bruns aus dem Weg räumen will: Weil Einzelne das vim facere etc. weigerten, und weil darum die Sache ihren ordentlichen Fortgang nicht haben konnte, sind die secundaria eingeführt. Keine Ritze in dem klaren Gefüge seiner Sätze bietet Raum für die Alternative einer anderen (realen) Gewalt an Stelle des technischen vim facere, für die Annahme, dass auch ohne letzteres der Prozess aus dem primären Interdikt irgendwie habe weitergeführt werden können.

---

[14]) A. a. O. S. 40.
[15]) S. 35.

Digitized by Google

Muss man hiernach, gegen Bruns, die blos subsidiäre Funktion unserer Vis verwerfen und diese als ein wesentliches Glied in der Technik des klassischen Besitzstörungsverfahrens anerkennen, — dessen eigentlicher Sinn freilich nach Ablehnung jener Bruns'schen Vorstellung erst wieder zu suchen ist — so ergibt doch seine Untersuchung zwei werthvolle Anknüpfungspunkte. Erstlich verwirft er mit uns die Annahme Krüger's, „dass das Interdikt mit der vis und den Sponsionen stets einen zusammenhängenden formalen Akt in jure gebildet hätte". Sodann aber setzt er das vim facere, wenn es seiner Ansicht nach überhaupt stattfindet, zeitlich immer hinter das interdictum redditum und lehnt damit stillschweigend die Supposition ab, als müssten die in Cicero's Reden vorkommenden Fälle von vis ex conventu mit unserem Rechtsakt einfach identifiziert werden.

In der That scheint es, dass in unserer Frage nur weiterzukommen ist, wenn man sich zunächst ausschliesslich an den Bericht des Gajus hält und aus diesem ein geschlossenes Bild der fraglichen Vorgänge zu gewinnen sucht; die einschlägigen Nachrichten aus Cicero's Reden mögen hie und da geeignet sein dasselbe zu kolorieren, aber seine wesentlichen Züge bestimmen zu helfen taugen sie schon darum nicht, weil ihre Beziehung auf den Prozess Uti possidetis unbewiesen und unwahrscheinlich ist. — Aus Gajus aber entnehmen wir folgende, mit Rücksicht auf unsere bisherigen Ausführungen, als feststehend zu betrachtende Ausgangspunkte:

1. Zur ordentlichen Erledigung des Verfahrens Uti possidetis gehört, dass auf das interdictum redditum immer das vim facere folge.
2. Dieses ist eine aussergerichtliche aber prozessrechtlich geregelte Parteienhandlung; die vis ist zweiseitig, wie Alles im U. p.
3. Ihre einseitige Unterlassung bewirkt in allen Fällen für den Gegner des Weigernden den Anspruch auf ein interdictum secundarium.
4. Die beiderseitigen Sponsionen und Restipulationen „quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit", bezw. „facta non sit" beziehen sich auf keine andere vis, als die in dem „vim facere" enthaltene.

Digitized by Google

5. Der judex sponsionum hat zu entscheiden, wessen vis als adversus edictum facta erscheint. Diesen hat er alsdann zu verurtheilen: auf Zahlung der Summen 1. aus der sponsio, 2. aus der restipulatio, bezw. auch noch 3. aus der satisdatio fructus licitationis und überdiess 4. zur Herausgabe des Besitzes sammt Früchten. Die erstgenannten drei Summen sind rein pönal. Darin liegt die magna alea dieses Verfahrens cum periculo.

Solche Schärfe des Verfahrens in Besitzstörungssachen muthet uns fremdartig an; wir können uns nur schwer in eine Rechtsordnung hineindenken, welche die Entscheidung in einem der gewöhnlichsten Streitfälle des Lebens, dergleichen wir alle Tage fast ohne Präjudiz für den unterliegenden Theil zum richterlichen Austrag bringen sehen, auf die scharfe Schneide einer Prozesswette stellt, und zwar einer Wette mit so hohem Einsatz, dass Frontin's Warnung sehr begreiflich erscheint: man möge es ja nicht zu leicht darauf ankommen lassen, denn es sei höchst gefährlich litem ad interdictum deducere[16]). Versucht man es aber, in diese eigenthümliche, von den Römern aus hohem Alterthume überkommene und bis auf späte Zeiten festgehaltene, Behandlung der Sache sich ernstlich hineinzudenken und deren praktische Ausgestaltung sich zu vergegenwärtigen, so wird Manches darin klar und bedeutsam, was räthselhaft und blos antiquarisch erschien. So das fragliche vim facere. Der Schlüssel zum Verständniss seiner praktischen Funktion liegt in der magna alea des klassischen Besitzstörungsverfahrens.

---

[16]) Wir kennen zwar die Höhe der Sponsionssummen nicht, aber aus den angeführten Worten Frontin's sowie aus Gajus ganzer Darstellung des agere cum periculo ist zweifellos, dass es sich da nicht etwa um Scheinsummen, sondern um sehr ernste Einsätze gehandelt hat. Die freundnachbarliche Verbitterung, welche in Besitzstörungsfällen Platz zu greifen pflegt, lässt im Allgemeinen eher die Tendenz zu übertrieben hohem Ansatz dieser Summen erwarten und rechtfertigt das mässigende Eingreifen des Prätors, wie es nach Lenel's (Ed. S. 379) ansprechender Vermuthung im Schlusssatz des pr. D. h. t. verheissen war, wenn das Edikt so gelautet hat: neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponsionem restipulationemque facere permittam. Cf. Gaj. IV, 186.

Digitized by Google

Soll irgendwelche Kontroverse im Wege der Wette zum Austrag gebracht werden, so ist die erste Voraussetzung, dass ihr Stoff zu solcher Behandlung geeignet sei; ist er es von Haus aus nicht, so muss er dazu hergerichtet und geformt werden. Jeder weiss wie oft es dessen bedarf, wenn im täglichen Leben Behauptungen aufgestellt und dafür Wetten angeboten worden sind; je höher die Einsätze, um so vorsichtiger wird man vor wirklichem Abschluss des Wettgedinges nicht nur den Ausdruck der Gegenbehauptungen formulieren, sondern namentlich auch ihren Inhalt darauf untersuchen, ob er den erforderlichen contradiktorischen Gegensatz wirklich enthält; wobei nicht selten ein Ergebniss zum Vorschein kommt, demzufolge die Wette unterbleibt. Das musste den Römern, bei ihrer altnationalen Vorliebe, Rechts- und andere Händel durch sponsiones entscheiden zu lassen[17]), sehr geläufig sein. Sehen wir uns darauf hin etwa den Stoff einiger der vielen Prozesse an, die im klassischen Recht durch Wette entschieden wurden oder doch entschieden werden konnten, so finden wir z. B. gleich bei der Eigenthumsklage dessen volle Eignung zur Wette: über die Behauptung fundum Cornelianum meum esse war im Falle einfacher Negation die sponsio ohne weiteres möglich, höchstens betreffs der Identität des beiderseitig gemeinten Cornelianus mochte unter Umständen eine leicht zu bewerkstelligende Verständigung gerathen sein; ebenso bei der gewöhnlichen Geldschuldklage über die Behauptung: N. N. mihi C. dare opportere, u. a. m. Nicht anders verhält es sich zumeist bei den restitutorischen Interdikten; so haben wir beim I. de vi armata die These: unde tu .... me vi hominibus coactis armatisve dejecisti .... eo me adversus edictum praetoris non restituisti[18]), welche ganz geeignet ist unmittelbar unter Wette gestellt zu werden. Denn Kläger behauptet damit ein brutales Faktum von nicht verkennbarem Charakter; er wird vor dem Richter zu beweisen haben, dass er, bislang im ruhigen Besitze eines gewissen Grundstückes, vom Gegner mit Waffengewalt aus diesem Besitz verdrängt und seither in denselben nicht wieder eingesetzt sei. Bewaffnete Dejektion

[17]) Vergl. Keller-Wach, Civilproz. § 26.
[18]) Lenel, Edikt § 245.

Digitized by Google

ist Etwas, woran sich nicht deuteln und mäkeln lässt[19]); man kann sie nur zugestehen oder abläugnen, und letzternfalls ist darüber eine Wette mit hohem Einsatz als empfindliche Strafe für den Lügner, welcher von Beiden es auch sei, ganz an ihrem Platz.

Wesentlich verschieden davon aber ist in aller Regel die Sachlage bei gemeinen Störungen im Grundbesitz. Allerdings gibt es auch hier Fälle — und an solche pflegt man bei der rein schulmässigen Behandlung der Materie allein zu denken — wo der Eingriff in fremden Besitz qualitativ und quantitativ so klar ist, wie bei der Dejektion; hat der Nachbar ein Stück meines Grundes verbaut oder durch Einfriedung zum seinigen geschlagen, so steht der unmittelbaren Aufstellung einer Wette, ob damit unser seitheriges Besitzverhältniss gestört sei, nichts entgegen. Allein dafür hatten die Römer das bequemere einseitige interdictum quod vi aut clam; das U. P. hat ganz andere und schwierigere Verwickelungen vor Augen. Es setzt voraus, dass zwischen zwei Besitzinteressenten in der Art Irrungen entstanden sind, dass ein Jeder durch vermeintliche Uebergriffe oder ungerechtfertigte Abwehrakte des Andern sich in seinem Besitzstand verletzt oder bedroht findet, dass also die Besitzgrenzen (nicht nothwendig auch die Grenzen der Besitzobjekte) in Verwirrung gerathen sind durch beiderseitige angebliche Ueberschreitungen jener idealen Linie des status quo, die oft sehr gewunden und verzahnt — man denke an die komplizirten Verhältnisse ineinander verbauter Stadthäuser[20]), an hereinwirkende Miteigenthums- und Servitutsverhältnisse[21]) — zwischen den Besitzern hinläuft. Da soll nun

---

[19]) Meist wird das auch bei der gewöhnlichen Dejektion (vis non armata) ebenso sein; aber möglich ist auch das Gegentheil, worauf unten noch zurückzukommen sein wird.

[20]) L. 3. § 7. D. U. P. Noch heute zeigt ein Blick in das Innere der Häuserinseln italienischer Städte die wunderlichsten Bauverschlingungen.

[21]) Zwischen Mitbesitzern nach ideellen Theilen gilt bekanntlich das neminem jure facere quidquam invito altero posse (L. 28 D. comm. div.) und zum Schutz gegen dawiderlaufende Versuche das interdictum U. P. (L. 12. D. eod. L. 3, § 2 D. op. nov. nunt. Meischeider, Bes. S. 442); da handelt es sich also um genaueste Feststellung des Modus der beiderseitigen Nutzung des Objektes, wie er bis zur angeblichen

Digitized by Google

Ordnung geschafft werden durch Zurückführung auf den status quo. Fast niemals handelt es sich in Wirklichkeit darum, ob der Eine oder der Andere das ganze Grundstück besitze[22]), sondern darum, wie weit der Eine und inwieferne der Andere besitze. Darum sagt der Prätor nicht Uter possidet, is possideat (wie beim Utrubi), sondern Uti possidetis, ita possideatis, indem er voraussetzt, dass sie beide besitzen, aber um die Abgrenzung ihrer Besitzstände, um die Frage, wie sie mit ihrem Besitz gegeneinander stehen, uneins geworden sind[23]). Aufgabe des ganzen Verfahrens ist es, den letzten ruhigen Besitzstand für einen gegebenen Zeitpunkt zu ermitteln und sodann durch Feststellung der Wahrheit und der Beschaffenheit der angeblichen Störungsakte die Frage, ob Jemand und welcher Theil im Besitz gestört sei, zur Entscheidung zu bringen.

Sollte nun diese Entscheidung durch den prozessualischen Apparat einer für beide Parteien ein empfindliches Wagniss in sich schliessenden Wette vermittelt werden — wie es die alte Prozesstechnik nun einmal mit sich brachte, — so leuchtet wohl ein, wie spröde hier der Streitstoff einer solchen Behandlung widerstrebt, und dass er ihr ohne vorgängige juristische Zubereitung nicht wohl unterworfen werden kann. Denn, hätte man das versuchen wollen, so müsste die Doppelwette auf die beiderseitige Behauptung gestellt werden: Der

---

Störung thatsächlich bestanden hat, und dieser kann ein sehr verwickelter sein. — Wo Prädialservituten mit dauernden Anlagen (auf dem dienenden Grundstück) bestehen, erstreckt sich der Inhalt und darum auch der Schutz des Besitzes am praedium dominans mit auf diese (L. 8, § 5. D. si serv. vind. L. 3, § 5, 6. D. U. P. Meischeider, S. 376 ff.), daher die räumliche Grenze des besessenen fundus mit der ideellen Grenze des Besitzes nicht zusammenfällt.

[22]) Gajus, der für Schüler schreibt, thut freilich wohl daran, gleich unseren Lehrbüchern, an diesem einfachsten Fall die Sache zu exponieren: judex . . . requirit . . . uter eorum eum fundum easve aedes etc. possederit. IV. 166[a].

[23]) Dasselbe gilt von Besitzirrungen zwischen Grundeigenthümer und Superfiziar. Daher die gleiche Form des Interdiktes: Uti . . . fruimini, quominus ita fruamini vim fieri veto. Auch zweifle ich nicht, dass zur Durchführung des Prozesses aus diesem Interdikt, in derselben Weise und zum gleichen Endzweck wie beim U. P., das vim facere erforderlich war. L. 1, § 2 i. f. D. de superf.

Digitized by Google

Gegner habe durch ein bestimmtes, innerhalb einer gewissen Zeit beobachtetes Verhalten einen bis dahin bestandenen Besitz gestört; und zwar gestört in dem, sogleich näher zu bezeichnenden, Sinne einer possessionis controversia. Alsdann hätte der Richter nach Feststellung des letzten ruhigen Besitzstandes die angeblichen Eingriffs-, bezw. Abwehr-Akte in doppelter Richtung untersuchen müssen. Einmal, ob sie objektiv die Linie jenes Besitzstandes überschritten haben, wobei die genaueste Erprobung ihres Inhalts und Umfangs angesichts der schwebenden Wettgefahr geboten war; sodann aber auch nach der Richtung, ob in denselben nach der gesammten Sachlage ein possessionis controversiam facere gefunden werden muss. Denn nicht jedwede Belästigung des Besitzers ist den Römern Besitzstörung und fällt unter das Interdikt, sondern es muss, was geschehen ist, nach der Gesammtlage der Umstände als dauernde Behinderung oder doch Bedrohung des qualiter velit suo uti, und sein Urheber danach als Besitzprätendent sich darstellen[24]); andernfalls ist er etwa mit aquilischer Klage, mit int. quod vi aut clam, mit actio injuriarum[25]), nach Umständen mit einer Kontraktsklage, oder auch gar nicht verfolgbar.

Auf Grund dieses doppelten Befundes also hätte der Richter die Wette zu entscheiden gehabt. Nun aber braucht man sich nur zu vergegenwärtigen, wie es im wirklichen Leben herzugehen pflegt bei Verhältnissen, die dann nachträglich zu Besitzstörungsprozessen führen, um einzusehen, dass eine solche Wette auf solche Prämissen hin für beide

[24]) Brinz, Pand. I², S. 734, Bruns, S. 62, Bekker, Besitz S. 255. Scheurl, Besitzrecht (1886) S. 182. L. 3. § 2. D. U. P. Wenn etwa Einer, aus Irrthum oder Bosheit, Einmal über meinen Acker gefahren ist, trifft das U. P. keineswegs zu, sondern erst wenn er in nostro aliquid facere perseverat. L. 5, § 10 D. op. nov. n. — Für das klassische Recht halte ich diese beschränkte Funktion des U. P. für zweifellos (L. 8, § 5 D. si servit. vind. steht darum nicht entgegen, weil im Sinne der Klassiker auch der vermeintliche Quasibesitzer einer Servitut als solcher Mitprätendent auf den Besitz des praedium ist; quia in tuo aliquo utor, L. 20, pr. D. de S. P. U.). Anders ist es wohl in justinianischer Zeit, wo die secundaria fehlen, und sicher nach heutigem Recht. Vergl. Randa, Bes. 3. Aufl. S. 124, 184.

[25]) Jhering, Jahrbb. f. Dogm. XXIII, S. 223 ff.

Digitized by Google

Theile mehr als billig und nöthig an Gefahr mit sich geführt hätte; nämlich dasjenige Superplus an Risiko, welches jeder voreilig und ungenügend formulierten Wette anhängt. Ferner aber auch, dass die Entscheidung solcher Wetten eine ebenso schwierige als unerquickliche Aufgabe für den Richter bedeuten müsste. — Missliche Nachbarverhältnisse zumal bei unklaren oder verwickelt laufenden Grenzen und lästig empfundenen Servituten sind seit Hesiod's Zeiten der fruchtbarste Boden für Besitzstörungen. Da entstehen jene bösen Irrungen und Reibungen, die alsbald in vorgebliche oder wirkliche Eingriffe in den beiderseitigen Besitzstand übergehen, bei denen der jeweils betroffene Theil oft nicht weiss, wie sie gemeint sind, wie weit sie reichen sollen, ob sie auf Zufall oder Anmassung beruhen, was und wieviel letzternfalls in Anspruch genommen werden will, und auf welche dann wieder Abwehrhandlungen nebst Repressalien folgen, die für den Gegner ebenso mehrdeutig sind. Jeder glaubt sich in seinem Besitz verletzt durch diese und jene Akte, welche vielleicht als gar nicht vom Gegner ausgehend, oder die unterstellte Prätension nicht enthaltend, oder sonst nach ihrem wirklichen Umfang und Inhalt, in Wahrheit keine Ueberschreitung der Besitzgrenze in sich schliessen. Das würde in sehr vielen Fällen der Eine oder der Andere der Wettenden zu seinem empfindlichen Schaden zu spät erfahren, wenn man die Wette in der oben vorausgesetzten Weise direkt auf den unabgeklärten Thatbestand hinaufsetzen wollte; denn er verliert den Prozess und zahlt alle Strafsummen, nachdem ihm im Laufe der gerichtlichen Verhandlungen erst klar geworden, worauf er seine Sponsionsbehauptung hätte beschränken müssen, oder dass er sie ganz unterlassen haben würde, wenn nur die dazumal herrschende Verbitterung es zugelassen hätte, dass die nachmaligen Prozessgegner in gemeinsamer Erörterung an Ort und Stelle die strittigen Thatbestände aufhellen.

Es erscheint also im Interesse beider Parteien, im Interesse der Verhütung überflüssiger und der sichern Entscheidung nothwendiger Prozesse, mithin im Interesse der Rechtspflege gelegen, dass eine solche Klärung und Feststellung des Streitstoffes der Prozesswette vorangehe und ihre Basis abgebe; zur Herstellung einer solchen Basis, in dieser oder

Digitized by Google

jener Form, würden wir auch heute noch die Parteien verhalten müssen, wenn unsere Gesetzgebung die Besitzstörungsstreitigkeiten mit der Guillotine des römischen Wettprozesses zu behandeln für gut fände.

Für das klassische Besitzstörungsverfahren erblicken wir in dem obligatorischen vim facere der Streittheile jene Einrichtung, welche die soeben angedeutete praktische Funktion zweckmässig und erschöpfend erfüllt. Des Näheren wird sich das am besten durch einen kurzen Ueberblick über den Verlauf eines römischen U. P.-Prozesses, wie derselbe unserer Auffassung zufolge sich gestaltet haben muss, zeigen lassen.

Haben Besitzirrungen der oben angedeuteten Art durch längere oder kürzere Zeit stattgefunden, so wird derjenige der Betheiligten, welcher zuerst die Geduld verliert, den Andern vor den Prätor zitieren und bei diesem den Erlass des U. P. beantragen. Er wird natürlich zur Unterstützung dieses Antrags (denn ganz ins Blaue hinein, ohne alle thatsächlichen Anhaltspunkte, würde der Prätor das Interdikt gewiss nicht erlassen haben) die Hauptfakta, durch die er sich in seinem Besitz gefährdet erachtet, summarisch vorgebracht, und der Gegner wird hinwiederum seine Beschwerden entgegengestellt haben. Alles, wie sich in jure von selbst versteht, ohne eigentlichen Beweis, nur zur Orientierung des Prätors darüber, dass sich der Sachverhalt zur Einleitung des Interdiktenverfahrens eigne. Hiemit aber ist die rechtliche Bedeutung der vorhergegangenen Besitzstörungsakte erschöpft: sie sollen darthun, dass derjenige Zustand der Besitzunsicherheit zwischen den Parteien thatsächlich vorliegt, welcher für den Besitz beider eine aktuelle Gefahr in sich schliesst und darum das magistratische Einschreiten retinendae possessionis causa rechtfertigt; aber weiter kommen sie gar nicht in Betracht, für den Inhalt des eventuell folgenden Prozesses sind sie gleichgültig. Denn nun spricht der Prätor sein vim fieri veto nach beiden Seiten hin aus, und fortan handelt es sich nur darum, was künftig geschehen wird, nicht mehr was früher etwa vorgefallen sein mag[26]). Mit dem interdictum redditum ist der Termin in jure zu Ende.

---

[26]) Dass insbesondere auch die Endentscheidung des Prozesses keine Entschädigung wegen der vorangegangenen Störungen in sich be-



Der Befehl war ernst gemeint, und er wird auch ernst genommen worden sein. Gar oft mag er ausgereicht haben, überhitzte Gemüther zu kühlen und überspannte Prätensionen zum Schweigen zu bringen, denn der Prätor war ein grosser Herr gegenüber römischen Bauern, und die Wirkung seiner persönlichen Anrede mit dem ganzen Apparat der Verhandlung auf dem Forum darf nicht gering angeschlagen werden. Alsdann kam es zu weiteren Schritten überhaupt nicht, die Parteien vertrugen sich faktisch, der Zweck des Friedensbefehls war unmittelbar erreicht. Andernfalls aber kommt es nun zu den Cetera ex interdicto, indem (nach etwaigen fruchtlosen Verständigungsversuchen) Ein Theil den andern zunächst zu dem vim facere herausfordert, indem er ihn — doch wohl aussergerichtlich, aber vor Zeugen — einladet an einem bestimmten Tage mit seinen Vertrauensmännern an Ort und Stelle ad vim faciendam sich einzufinden [27]. Wird die Aufforderung angenommen, so erscheinen also beide Theile mit Zeugen und nicht selten mit rechtsverständigen Freunden auf dem Schauplatz ihrer Streitigkeiten (in re praesenti). Zweck ihrer Zusammentretung (conventus) ist die präcise Feststellung ihrer beiderseitigen Prätensionen. Denn im Hinblick auf die bevorstehende Wette und den sich anschliessenden Prozess um den bekannten hohen Einsatz hat jeder Theil das dringendste Interesse die vermeintlichen Uebergriffe des Gegners genau zu konstatieren und für die künftige Wette gleichsam festzunageln, wobei sich erst definitiv herausstellen muss, ob überhaupt das gegnerische Verhalten eine Besitzprätension in sich schliesst, und eventuell wie weit dieselbe reicht. Gleichzeitig aber hat auch er selbst nun Veranlassung und

---

griff (im Gegensatz zum heutigen Recht), ist jetzt wohl allgemein erkannt. S. Schmidt, Interdiktenverf. S. 55 ff. Bruns, S. 62. Jhering, a. a. O. S. 229. Brinz, S. 736.

[27]) Sehr anschaulich beschreibt das Cicero pro Caec. 20: placuit Caecinae de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur, ut de fundo Caecina moribus deduceretur. Colloquuntur. Dies ex utriusque commodo sumitur. Caecina cum amicis ad diem venit in castellum Axiam etc. (cf. pro Tullio 20). Mag auch die Handlung selbst hier einen andern prozessualen Zweck haben, ihre Einleitung erfolgte gewiss in allen Fällen auf ähnliche Weise.

Digitized by Google

Gelegenheit, in loco den Umfang und die Beschaffenheit seiner eigenen Eingriffs- und Abwehrhandlungen nochmals zu überlegen, und dieselben mit dem status quo der Zeit des interdictum redditum, so wie dieser sich ihm darstellt und wie er denselben vor dem Richter erweisen zu können hofft, zu vergleichen. Was immer er sich früherhin erlaubt haben möge, jetzt bei dem vim facere, wo es darauf ankommt jeden Schritt zu vertreten und möglicherweise mit der Sachfälligkeit zu bezahlen, wird er sich sehr hüten, um Haaresbreite über jene zu erweisende Linie hinauszugehen, denn magna est alea, und wer zu viel behauptet oder zu wenig beweist, verliert Alles. Darum wird er erfahrene Rechtsbeistände zuziehen (ad vim faciendam adhibere)[28]), damit sie ihn warnen, wo er etwa blindlings zu weit gehen will, und ihn aufmerk-

[28]) „tu soles ad vim faciendam adhiberi" schreibt Cicero (ad fam. 7, 13) seinem Freunde Trebatius, woran Bruns die gewiss richtige Bemerkung geknüpft hat: „Bedeutsam ist das „soles"; denn wenn man Rechtsgelehrte zu der Handlung zuzuziehen pflegte, so deutet dies auf eine besondere Wichtigkeit, die man ihr beigelegt hat." (Besitzkl. S. 42.) Hingegen erblickt Cappeyne (S. 146) in der Heranziehung dieser Stelle „ein sonderbares Missverständniss" und will jene Worte auf wirkliches Gefecht beziehen, da Trebatius damals mit Caesar gegen die Gallier stand. Aber der ganze Scherz Ciceros beruht auf dem Contrast zwischen dem wirklichen Kampf der Krieger, in dessen Mitte der Freund sich jetzt befindet, und dem friedlichen Kampf der Parteien, an den er gewöhnt, und der sein alleiniger Beruf ist. Er sagt, „ich fürchte Deine Künste werden Dir dort wenig nützen, nam, ut audio, istic non ex jure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt. Deine Sache aber ist das ad vim faciundam adhiberi, und Du gehörst daheim nicht zu denjenigen, welche beim Interdikt die Einrede zu fürchten haben, dass sie zuerst Waffengewalt gebraucht hätten; denn ich kenne Dich als einen Friedfertigen" (tu in re militari multo es cautior, quam in advocationibus, schreibt er ihm ein andermal, ibid. 10). — Hier ist auch an die Stellen zu erinnern, welche bezeugen, wie es in Rom als Freundespflicht galt auf Begehren advocationem zu versprechen und sodann pünktlich in rem praesentem zu kommen. Cic. de off. I, 10, 32: si constitueris cuipiam te advocatum in rem praesentem esse venturum, atque interim graviter aegrotare filius coeperit, non sit contra officium, non facere, quod dixeris etc. Seneca, de benef. IV, 35, 2: Promisi advocationem ... in rem praesentem venturus fui, sed aeger filius et puerpera uxor tenet. Dass es sich dabei nicht immer gerade um unsern Fall der vis ex conventu gehandelt haben muss, versteht sich.

Digitized by Google

sam machen, auf welchen Punkten er den Gegner zur vis zu provozieren habe, um ihn dann schlagen zu können.

Auf Grund solcher beiderseits sorgfältiger Vorbereitung wird dann in Gegenwart der Zeugen und advocati auf allen etwa streitigen Punkten und in allen streitigen Richtungen die vis imaginär vollzogen, indem jeder Theil die Besitzhandlungen, die er in Anspruch nimmt, und genau so, wie wo und wie weit er sie in Anspruch nimmt, auszuüben sich gleichsam anschickt, und daran vom Gegentheil durch gleichsam gewaltthätiges Einschreiten gehindert wird. Mit einer Aufforderung an die Zeugen, sich des Gesehenen wohl zu erinnern, mag die Handlung geschlossen haben.

War dieses im Wesentlichen der Hergang bei dem vim facere, so ist darin die geforderte feste Grundlage für die bevorstehenden Wetten gegeben[29]). Und zwar in der praktisch brauchbarsten Gestalt. Denn es ist nunmehr am lichten Tag und vor Zeugen zweifellos gestellt, sowohl dass wirklich kollidierende Besitzprätensionen vorliegen, als auch, wo und wie weit dieselben kollidieren; und zwar ist das nicht durch Worte und Beschreibungen geschehen, die immer unzureichend bleiben, sondern durch thatsächliche Verkörperung der Ansprüche in re ipsa. Nunmehr können die Wetten aufgestellt werden, ohne die Gefahr der nachträglichen Entdeckung, dass man Mehr oder Anderes behauptet habe, als man eigentlich wusste und beabsichtigte[30]). Die Sachlage ist jetzt ganz klar:

---

[29]) Aber nicht nur für die Wetten, sondern zugleich auch für die fructus licitatio, welche ich mir in loco an das vim facere unmittelbar sich anschliessend vorstelle. Denn aus dieser licitatio soll die Ordnung der Besitzverhältnisse für die ganze Prozessdauer hervorgehen, und man muss, wenn einstweilige Ruhe erreicht werden soll, nothwendig genau wissen, welche Nutzungen und wie weit sie dem Ersteher kraft seines Meistbotes gebühren, und wofür er eventuell späterhin im fructuarium judicium aufzukommen hat. Diese Begrenzung kann zweckmässig nur an Ort und Stelle geschehen und ist, unserer Annahme zufolge, einfach damit gegeben, dass der Ersteher einstweilen den Besitz soweit erhält, als er ihn soeben vim faciendo in Anspruch genommen hat.

[30]) Hier berührt sich meine Ansicht mit der von Cappeyne S. 150 ff. nach Wetzell's Vorgang aufgestellten These, wonach der Zweck des vim facere in der Feststellung der Identität des Grundstückes, um dessen Besitz gestritten werden sollte, bestanden habe.

Digitized by Google

Jeder behauptet, der Gegner habe in seinem vim facere — welches schon durch die Form der Handlung ein possessionis controversiam movere darstellt — den Zustand des Uti possidetis zur Zeit des Interdictes überschritten, somit vim adversus edictum begangen, und er bekräftigt diese Behauptung durch Wette und Gegenwette. Der Iudex sponsionum aber hat nun leichte Arbeit. Sein Urtheil hängt ab von der Vergleichung zweier Positionen: 1) des Thatbestandes zur Zeit des interdictum redditum, 2) dessen, was beiderseits im vim facere zum Ausdruck gebracht ist. Praktisch wird sich seine Thätigkeit auf die Untersuchung des ersten Punktes konzentrieren dürfen, da der zweite durch die Aussagen der ad hoc beigezogenen Urkundspersonen ausser Zweifel gestellt ist. Er hat es nicht, wie der heutige Besitzrichter, mit dem ganzen Chaos nachbarlicher Irrungen und Privatfakta zu thun, sondern mit einem sorgfältig präparirten und begrenzten Streitstoff. Nach allem Ausgeführten ist hinreichend klar, dass dieses Ergebniss durch irgendwelche realen Gewaltakte (vor oder nach dem Erlass des Interdiktes) keineswegs ebensogut herbeigeführt würde, dass daher solche auch keineswegs, wie Bruns meint, das vim facere ersetzen konnten. Denn ihnen fehlt gerade das juristische Element, worauf es hier

---

Schon Witte (Das Interd. u. p. S. 34) hat bemerkt, dass es dazu einer symbolischen Gewalt nicht bedurft hätte, was Cappeyne wieder zu der nähern Erklärung veranlasst, „der Zweck der Handlung bestand in dem in rem praesentem venire, das vim facere ex conventu zum Schluss war nicht mehr als eine accessorische Formalität" (S. 152). Das letztere muss ich bestreiten, sehe vielmehr gerade in der vis die Hauptsache und den Zweck des venire der Parteien. Im Uebrigen aber fällt natürlich auch nach meiner Ansicht die Feststellung der Identität des Streitobjekts, wo es deren bedarf, mit unter die Ergebnisse der ganzen Parteihandlung des vim facere in re praesenti. Nur wird man sich erinnern müssen, dass doch in den seltensten Fällen über die Identität des Besitzgrundstückes Irrungen entstehen, und dass solche bei den Römern klassischer Zeit (wie bei uns) in der Regel durch Angabe von Namen und Lage, Bezeichnung der Nachbarn u. s. w. ausgeschlossen werden konnten; immerhin wäre die obligatorische Anordnung einer besondern umständlichen Parteihandlung für jeden Besitzprozess durch dieses Bedürfniss gewiss nicht gerechtfertigt. Meiner Auffassung nach handelt es sich bei unserer vis ex conventu nicht sowohl um die Fixierung des streitigen Gegenstandes, als um die Entfaltung des Streitinhaltes; aber dieses begreift selbstverständlich auch jenes in sich.

Digitized by Google

ankommt, der eigentliche praktisch wirksame Kern der vis als prozessualer Rechtshandlung: die in rechtsgeschäftlicher Form vollzogene, und darum gegen nachträgliche Umdeutung bestens geschützte Formulierung der beiderseitigen Besitzprätensionen.

Wer die Mitwirkung zu dieser Formulierung verweigert, der weicht vor der Wette zurück — was er übrigens auch später noch bis zum Augenblick des sponsionum judicia accipere thun kann, — und hat damit die Stellung eines Besitzprätendenten verwirkt. Es steht jetzt fest, dass ihm nichts gebührt, es kann nur noch gefragt werden, ob und wie viel er schuldig sei; eine Frage, die nöthigenfalls durch ein interdictum secundarium [31]) entschieden wird, falls er nicht vorzieht die Sache gleich endgiltig zu erledigen, indem er sich zurückzieht und dem Gegner den ungestörten Besitz überlässt. Man kann also gewiss richtig mit Bruns sagen, das klassische U. P. war eine Klage ne vis fiat, nicht quia vis facta est. Denn in jedem Vorstadium des eigentlichen Prozesses, bis zur Litiskontestation über die Sponsionsklagen, mag es oft genug vorgekommen sein, dass einer der Gegner den Streit zu gefährlich fand und fallen liess. Alsdann hatte das prätorische vim fieri veto, rein als polizeiliche Mahnung genommen, seinen Zweck unmittelbar erreicht. Aber auch andernfalls wird ja, wie wir gesehen, alle frühere Gewalt formell ignoriert, sobald der Rechtsgang mit dem int. redditum eröffnet ist, und kommt als Basis des Urtheils nur die Gewalt noch in Betracht, welche nachher in der gehörigen Form des vim facere prozessualisch konstatirt wurde. —

Es bleibt zum Schluss noch übrig, das oben absichtlich zur Seite gestellte Material über vis ex conventu, welches die bekannten beiden Reden Cicero's enthalten, insoweit heranzuziehen, als nöthig, um dessen Verhältniss zu der entwickelten Auffassung vermuthungsweise zu bestimmen. Mehr als Vermuthungen freilich gestattet dieses Material nicht. Denn der für uns entscheidende Punkt in dem beiden Reden zu Grunde

---

[31]) Auf die Theorie der interdicta secundaria und die darüber neuerdings von Cappeyne, S. 166 ff. (vergl. Demelius Confessio S. 171) angeregten Fragen ist hier nicht einzugehen.


Digitized by Google

liegenden Sachverhalt wird, weil er für Cicero's Zweck gleichgiltig war, aus dem Inhalte derselben nie mit Sicherheit festgestellt werden.

Gewiss ist nämlich nur soviel, dass in beiden Fällen zwischen den Parteien um je ein bestimmtes Grundstück ein, sei es petitorischer oder possessorischer, Rechtsstreit im Anzuge war, dass zur Vorbereitung dieses künftigen Streites zwischen ihnen ein Abkommen aussergerichtlich getroffen wurde, wonach man an einen gewissen Tag ad vim faciendam in rem praesentem kommen, die deductio moribus vornehmen wollte; in beiden Fällen jedoch kam es zur Ausführung des Verabredeten nicht und ebensowenig zur Erhebung des ursprünglich beabsichtigten Rechtsstreites, sondern zu brutalen Zusammenstössen mit Anwendung von Waffengewalt und nachträglich folgeweise zum interdictum de vi armata. Welche Art Rechtsstreit um das Grundstück zuvor beabsichtigt war, zu welcher actio mithin die vis ex conventu als Vorbereitung gehört habe, ist weder gesagt, noch aus den dem Streit zu Grunde liegenden Verhältnissen sicher zu entscheiden. Keller hat mit guten Gründen, für die causa Caeciniana wenigstens, die Eigenthumsklage per sponsionem unterstellt[32]) und Krüger daran festgehalten, indem er seinerseits die deductio moribus als von der vis des Interdiktenprozesses gänzlich verschieden gedacht wissen will[33]). Cappeyne hingegen, der beides identifiziert, behauptet für beide ciceronianischen Rechtsfälle, die beabsichtigte Klage sei das Interd. U. P. gewesen[34]), und die verabredete deductio das vim facere des Gajus. In welche Schwierigkeiten er mit dieser Annahme gegenüber dem Gajusbericht kommt, ist oben gezeigt.

Es fragt sich aber, ob wir uns die richtige Erkenntniss nicht selber verschliessen, indem wir unsere Gedanken ohne Noth unter den Zwang der Alternative stellen: Entweder die ciceronianischen Fälle von vis ex conventu beziehen sich auf

---

[32]) Zeitschr. f. g. R.-W. XI. S. 287 ff.; und Semestr. p. 369 ff.: „praeparandae in rem actionis causa". Beistimmend Huschke, Gajus S. 188 ff. Bethmann-Hollweg, Civ.-Pr. II, S. 235.

[33]) Krit. Vers. S. 77 ff. 87.

[34]) A. a. O. S. 118, 139 ff. und schon Karlowa, Beitr. S. 25 ff.

Digitized by Google

eine andere Prozessart als das vim facere des Gajus, und dann müssen sie gänzlich heterogene Rechtshandlungen sein, die einander nichts angehen und zur gegenseitigen Aufhellung nichts beitragen können (Krüger), — oder sie sind identisch, und dann müssen sie beide zum interd. U. P. gehören, weil das vim facere laut Gajus zu diesem gehört (Cappeyne). Dazwischen liegt doch ein mögliches Drittes: dass die fraglichen Akte, obzwar identisch oder mindestens zu Einer Gruppe nächstverwandter Rechtshandlungen gehörig, dennoch bei verschiedenen Prozessarten Anwendung finden konnten, in verschiedener prozessualer Funktion, aber stets im wesentlichen zu dem gleichen Zweck, wie er ihrem gemeinsamen Inhalt entspricht.

In der That spricht Alles für die Wesensgleichheit der Vorgänge, welche Cicero als vim facere ex conventu schildert, mit dem, was Gajus im Auge hat. Auch letzteres muss eine zweiseitige Parteienhandlung gewesen sein, bestehend in gegenseitiger civiler Gewaltbezeigung, die am natürlichsten an Ort und Stelle (in re praesenti) gedacht wird und eine zum Voraus verabredete Zusammentretung (conventus) der Betheiligten nebst ihren Vertrauensmännern voraussetzt. Auch der Zweck ist offenbar im Allgemeinen derselbe; es handelt sich überall um den formalen Versuch der Verwirklichung von Ansprüchen hinsichtlich des streitigen Objektes, thatsächlich verkörperte Abwehr derselben durch den Gegner, also um Konstatierung eines Streitfalles durch imaginäre Gewalt. Aber muss der juristische Inhalt dieses Streites darum in jedem Falle der nämliche gewesen sein? Hat denn eine solche Prozesshandlung gerade nur im Uti possidetis Zweck und Sinn, wo sie allerdings besonders nöthig und darum obligatorisch ist? Wenn sie hier gebraucht wurde, um den begonnenen Prozess fortzubewegen, so kann sie wohl bei andern Streitsachen dazu gedient haben, den Prozess wirksam vorzubereiten, indem sie schon vor Prozessbeginn — also nicht, wie dort, kraft magistratischen Zwanges, sondern blos moribus gefordert, — einverständlich Platz greift. Ich sehe nicht, was insbesondere der Annahme widerstreiten sollte, es habe von Alters her zur Vorbereitung der in rem actio per sponsionem die Sitte gegolten, dass die Gegner in einer Zusammen-

Digitized by Google

tretung auf dem strittigen Grundstück durch imaginäre Gewalt sowohl den Streitgegenstand als die Passivlegitimation feststellen. Die Gewalt konnte hier — anders als beim U. P., wo es sich zumeist nicht fragt uter possideat, sondern quomodo possideant [35]), — nur die Form der deductio annehmen, d. h. der Eine musste den Andern ganz aus dem Grundstück entfernen. War auch damit über die Parteirollen nichts entschieden [36]), so war doch festgestellt, dass und worüber künftig gestritten werden sollte, und Keiner konnte sich späterhin als Unbetheiligter der Klage entziehen, nachdem Beide den Willen sich der Sache zu unterwinden förmlich an den Tag gelegt; der Eine indem er vis geübt, der Andere indem er es auf dieselbe hatte ankommen lassen. In diesem Sinne wird wohl die Funktion der deductio in dem Falle Caecinas

---

[35]) Darum ist das vim facere im U. P. keine deductio, aber gleichwohl dem Zweck und wesentlichen Inhalt nach dasselbe. Schon Bruns bemerkt, die deductio moribus sei „nur ein anderer Ausdruck für vis moribus oder ex conventu facta, höchstens eine besondere Art oder Anwendung davon“ (Besitzkl. S. 42). Letzteres scheint mir das Richtige. Vim facere bezeichnet ganz allgemein den Inhalt der Handlung: Imaginäre Gewaltbezeigung zur Konstatierung von Herrschaftsansprüchen an der Sache; ein spezieller Fall ist es, wenn der Anspruch dahin geht, die ganze Sache allein haben und den Gegner von ihr ganz ausschliessen zu wollen; und in diesem Fall gestaltet sich die vis zur deductio. — Ist das richtig, so ergibt es ein neues Argument gegen die oben aus andern Gründen zurückgewiesene Annahme (Münderloh's und Cappeyne's), dass die ciceronianischen Fälle von vis ex conventu zum Interd. U. P. gehört haben. Denn die vis tritt dort in der Form der deductio, und zwar der einseitigen deductio, auf (besonders deutlich pro Tull. c. 20. Apellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur). Das U. P. ist duplex, es setzt beiderseitige vis voraus, damit entschieden werde, wessen vis die ediktwidrige war. Bei der deductio aber begeht nur der Deduzent vis, vom geduldigen Deduktus kann nimmer gesagt werden, eum contra edictum vim fecisse, somit konnte auch nicht darüber gewettet werden. Da hätte es also, wenn beide Theile den ausschliesslichen Besitz haben und behaupten wollten, einer doppelten deductio bedurft, und das vim facere nach erlassenem int. U. P. mag sich unter Umständen thatsächlich so gestaltet haben; die einseitige deductio aber, wie sie hier vorliegt, konnte auch nur eine einseitige actio vorbereiten helfen.

[36]) Bethmann-Hollweg, C.-Pr. II. § 89, Krüger, a. a. O. S. 76. A. M. darüber Keller, l. c.

Digitized by Google

zu nehmen sein, wenn man sich der feinen Ausführung Keller's[37]) anschliesst, wonach Aebutius sehr triftige Gründe gehabt hat den Gegner zu einer Eigenthumsklage zu provozieren, bevor es zum Erbtheilungsstreit gekommen war.

Indessen bleibt immerhin doch auch in andern Prozessfällen für die Annahme einer vorbereitenden deductio Raum. So unter Umständen in Betreff eines künftigen interdictum de vi (quotidiana)[38]). Da dieses, im Gegensatz zum U. P. und andern prohibitorischen Interdikten, in praeteritum refertur[39]), also die vorher perfekte Dejektion des Besitzers zum Gegenstand der Wette macht, musste dieselbe ganz klar vorliegen, um das Interdikt ohne Gefährde begehren zu können. Das ist nun allerdings bei einer Ueberwältigung hominibus coactis armatisve immer, bei gewöhnlicher vis aber unter Umständen doch nicht ganz zweifellos der Fall. Und wenn der vermeintlich Dejizierte Zweifel hegt, ob er sich als solchen betrachten dürfe und werde erweisen können, so liegt es nahe, den Gegner zur förmlichen deductio aufzufordern, damit alsdann die dejectio klar und die Zuständigkeit des Interdiktes: unde tu illum vi dejecisti, cum ille possideret, gesichert sei. Man hatte damit vom Beweisthema die eine Hälfte vorweg erledigt und durfte sich im Prozess auf den Rest, ob dejectus damals Besitzer gewesen, beschränken; zugleich konnte man die Zusammentretung zur Feststellung des ersten Termins beim Prätor (vadimonium promittere) benutzen, was Zeitgewinn bedeutete. Möglich ist es bei solcher Sachlage auch, dass beide Theile dejiziert zu sein vermeinen, da zur Zeit nicht klar ist, welche Partei zuletzt Meister geblieben sei. Das konnte ohne Zweifel zu einem interd. U. P. führen; aber es gibt auch einen andern Ausweg, der unter Umständen den Betheiligten besser passen mochte. Nämlich sogleich an Ort und Stelle sich darüber zu verständigen, wer Dejizient und wer Dejektus sei, damit der letztere sodann das Interdikt (de

[37]) L. c. p. 359 ff.

[38]) Auch bei eingetretener Grenzunsicherheit dürfte sich irgendwelche vorgängige Zusammentretung der Parteien in re praesenti als praktisch erwiesen haben, um den Umfang des Streitstoffes und danach die Existenz einer controversia de fine oder de loco festzustellen.

[39]) L. 1. § 2. D. de interd.

Digitized by Google

vi) auswirke: Deduziere Du mich, dann werde ich klagen, oder lasse Dich von mir deduzieren, dann magst Du klagen. Die Wahl kann freigestellt werden, weil die Rechtslage des Klägers und des Beklagten materiell gleich ist, sobald einmal durch einen unzweideutigen Manifestationsakt die Thatsache der Dejektion zum Voraus ausser Streit gestellt ist: der Eine erhält, der Andere behält den Besitz im Fall seines Sieges; dieser aber hängt nunmehr allein noch von dem richterlichen Befund darüber ab, wer zur Zeit der Dejektion d. i. der deductio (— nicht, wie beim U. P., per id tempus quo interdictum redditur —) nec vi nec clam nec precario ab altero besessen hat. Ob ich als Deduktus, oder als Deduzens beklagt werde, kann mir gleich sein, wenn nur die Verhandlung meinen damaligen fehlerlosen Besitz ergibt; denn ich muss alsdann in jeder Parteirolle meinen Zweck erreichen.

Das Wenige, was uns von dem Sachverhalt der causa Tulliana aus den Fragmenten der Rede Cicero's[40]) erkennbar ist, scheint die Vermuthung zu begründen, dass es sich bei der dort erwähnten Aufforderung zur deductio so verhalten habe, wie soeben angedeutet wurde. Fabius, welcher sich als Besitzer der strittigen centuria Popiliana, die er sogar öffentlich zum Verkauf ausgeschrieben hatte, betrachtet und gerirt, findet auf derselben einen Sklaven des Tullius, dessen Ansprüche auf das Grundstück ihm bekannt sind, häuslich niedergelassen; er stellt ihn zu Rede (quid vobis istic negoti in meo est?), bringt ihn aber nicht zum Weichen, sondern wird an den Herrn gewiesen, der zufällig in der Nähe sei (dominum esse ad villam; posse cum eo disceptare, si quid vellet). Er nimmt einen Freund mit und sucht den Tullius auf. Venitur. Ad villam erat Tullius. Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius; vadimonium Fabio Romam promissurum. Manet in ea conditione Fabius. Mature disceditur. Zur Ausführung der besprochenen deductio kommt es nicht, da in der nächsten Nacht ein bewaffneter Ueberfall der Leute des Fabius gegen die auf der centuria Popiliana sesshaften Sklaven des Tullius die Sachlage verändert und zum Int. de vi homini-

---

[40]) Pro Tullio c. 16—20.

Digitized by Google

bus coactisve führt. — Wäre der letztere Zwischenfall nicht eingetreten, meinen Huschke und Keller[41]), so würde eine in rem actio per sponsionem seitens des einen oder des andern Prätendenten erhoben sein, und zu ihrer Vorbereitung sei, wie in dem Falle Caecina's, die deductio gefordert worden. Mir scheint die ganze Sachlage eher danach angethan, dass Fabius sich seines vermeintlichen Besitzes entsetzt glauben durfte durch die Niederlassung des fremden Sklaven in dem, vielleicht von diesem kürzlich errichteten, aedificium non ita magnum, das er auf seinem Grundstück wie es scheint jetzt zuerst bemerkt (animadvertit). Um also eventuell de vi zu klagen, will er sich vor Allem darüber Klarheit bei Tullius verschaffen und verabredet in diesem Sinne mit ihm die deductio. Was ihn veranlasst haben sollte gleich zum Petitorium zu greifen, ist nicht erfindlich.

Uebrigens ist es für den Zweck dieser Untersuchung gleichgiltig, ob man der soeben angedeuteten, oder der Keller'schen Vermuthung sich anschliessen will. Hier kam es nur darauf an, zu zeigen, dass die bei Cicero überlieferten Nachrichten mit der oben entwickelten Auffassung des vim facere nach Gajus in keinem Widerspruch stehen; dass sie im Gegentheil jenes uns historisch begreiflicher machen und näher bringen. Letzteres, indem wir sehen, wie die vis im U. P. keine isolierte Erscheinung gewesen ist, die nur dieser Prozessgattung angehörte, sondern ein besonderer Anwendungsfall einer weit allgemeineren Rechtseinrichtung. Das vorzügliche Talent der Römer zur kunstreichen Zubereitung der Thatbestände für künftige juristische Behandlung hat diese imaginären Gewalthandlungen experiendi juris gratia[42]) in entlegener Vorzeit geschaffen. Wer immer den Prozessgang des Uti possidetis zuerst gestaltet und eingerichtet hat, brauchte sie nicht zu erfinden, er konnte sie aus den mores schöpfen, an richtiger Stelle einfügen, und so den besondern Zwecken dieser Prozessart dienstbar machen.

Ist aber der praktische Zusammenhang des vim facere mit dem eigenthümlichen Bau des alten Besitzstörungs-

---

[41]) Semest. p. 606 in fin.

[42]) Cic. p. Caec. 33.

Digitized by Google

verfahrens hier richtig erkannt, so erklärt sich wohl, dass dieses Prozessglied zu Gajus' Zeit noch lebte und erst mit dem Untergang des strengen Verfahrens cum periculo verschwand.

VIII.

Kritisches und Exegetisches.

Von

Herrn Professor **Dr. O. Lenel**

in Strassburg.

I.

Zur Textkritik der collatio.

Zu den verzweifelten Stellen der collatio gehören die beiden Inscriptionen II, 4 und XII, 7. In den Ausgaben lauten dieselben:

> Ulpianus libro XVIII. ad edictum, sub titulo: si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum et cum diceret.

Dieser Wortlaut darf bis einschliesslich simplum als gesichert gelten. Um so mehr Schwierigkeit machen die drei letzten Worte. Sie beruhen auf der Lesart des Berolinensis und Vercellensis bei II, 4; der Vindobonensis hat daselbst statt „diceret": dicere. In XII, 7 haben der Berolinensis und Vindobonensis statt „et cum diceret": et eum doceret, der Vercellensis: et eum docere.

An Heilungsversuchen hat es bekanntlich nicht gefehlt. Das Nächstliegende schien, die Rubrik als unvollständig überliefert zu behandeln und hinter „diceret" das dictum zu ergänzen. So schiebt z. B. Cannegieter in den Noten seiner Ausgabe hinter diceret ein: non fecisse in duplum. Diese und ähnliche Vorschläge[1]) scheitern aber schon an dem for-

---

[1]) Vergl. neuerdings den übrigens auch sachlich unannehmbaren in Kappeyne v. d. Coppello, Abhdl. z. röm. Staats- und Privatr. (nach dem Holländ. 1885) S. 283 n. 4.

Digitized by Google

mellen Einwand, dass es in solchem Zusammenhang nimmermehr „cum diceret“, sondern nur „si dicet“ heissen könnte. Huschke[1]) will die anstössigen Worte in „ut condiceret“ verwandeln; aber auch diese Conjectur ist sachlich und formell unannehmbar. Sachlich, weil die actio legis Aquiliae keine condictio ist[2]); formell unter anderm desshalb, weil auf ut nach der Natur der Sache und nach dem Beispiel aller uns überlieferten Rubriken[3]) nur der Coniunct. praes., nicht imperf. folgen könnte, und weil ferner der Wechsel des nicht bezeichneten Subjects im Bedingungs- und Hauptsatz zwar dem Zwölftafelstil, nicht aber dem Stil des Edicts und Ulpians entspricht.

Wenn ich im Folgenden die Entstehung der Corruptel auf neuem Wege zu erklären suche, so habe ich dabei nicht die Meinung, den authentischen Text mit völliger Sicherheit wiederhergestellt zu haben; ist aber meine Erklärung auch nur plausibel, so ist wenigstens so viel gewonnen, dass künftigen Versuchen vorgebeugt wird, auf den corrupten Text der collatio problematische Folgerungen zu bauen.

Im prätorischen Album war m. E. der ersten Formel ex lege Aquilia folgende Rubrik vorausgeschickt:

Si fatebitur iniuria occisum esse.

In simplum e capite primo iudicium.

Letztere Worte bildeten die Ueberschrift der unmittelbar folgenden Formel. Die Worte capite primo iudicium konnten unter Benutzung bekannter Abkürzungen geschrieben werden: $\overline{\text{K}}$ I I$\overline{\text{UD}}$. Nehmen wir nun an, dass in einer ältern Handschrift der collatio diese Abkürzungen gebraucht waren und dass ihnen das übliche Rubrikzeichen ℟ beigefügt war, das vielleicht schon der Verfasser der collatio aus seinem Ulpiancodex übernommen hatte, so kommen wir zu folgendem Text:

E$\overline{\text{K}}$III$\overline{\text{UD}}$ · ℟

Es leuchtet sofort ein, wie leicht hieraus der überlieferte Text der collatio entstehen konnte. Zunächst machte ein

---

[1]) Ztschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, XIII. S. 31.

[2]) Karlowa, röm. Civilproz. S. 199 n. 1, mein Ed. perp. S. 159 n. 5.

[3]) Man vergl. den Rubrikenindex einer Ausgabe des corpus iuris.

Digitized by Google

Abschreiber aus IU̅D̅. : IUDIC. Ein zweiter Abschreiber scheiterte an dem K̄. Bekannt ist, wie leicht das K der Uncialschrift sich in zwei Buchstaben spaltet: es ist von IC oft gar nicht zu unterscheiden[1]). Ist aber das K überstrichen, so werden beim Auseinanderfallen daraus notwendig die Buchstaben TC. So entstand die Lesart:

ETCIIUDIC · ℞

Sobald nun der Schreiber EK̄ in ETC aufgelöst hatte, stellte sich die falsche Deutung der folgenden Zeichen IIU von selbst ein. Bei nur etwas verblichener Schrift liegt es überaus nahe, diese Zeichen als UM zu lesen, und das vorausgehende C musste den Schreiber fast zwingend auf diese Lesung bringen, da mit CIIU nichts anzufangen war. So entstand denn die Lesung, die für die Urschrift unserer drei codd. zu statuiren sein wird:

ETCUMDIC · ℞

Aus der Abkürzung ℞ aber, die sie nicht verstanden, machten die Schreiber dann der eine re, der andere ret, und kamen so zu der Lesung dicere und diceret.

Die Abweichung der Lesart bei XII, 7 geht vielleicht nur auf undeutliche Schrift der Vorlage zurück. Für die Lesung eum statt cum kann aber noch eine andere Erklärung gegeben werden. Für capite ist sowohl die Abkürzung K̄ als K̄· möglich. Nehmen wir an, dass in XII, 7 die Vorlage die letztere Abkürzung hatte, so konnte es sehr leicht geschehen, dass der Schreiber bei der Missdeutung des K die zweite Hälfte des Buchstabens mit dem Punkt in der Mitte für das runde Uncial-E (ϵ) hielt und so statt et cum las: et eum.

Bemerken will ich noch, dass sich die Möglichkeit, K mit IC zu verwechseln, noch durch eine andere Stelle der collatio in interessanter Weise belegen lässt. In XII, 7 § 6 lesen zwei Handschriften der collatio: iudicium cum adire potest, der Vindobonensis aber statt dessen: iudicium Kap. CII adhire potest. Hier hatte m. E. die Vorlage: iudic. cum adire

[1]) Man vergl. z. B. in dem Papyrusblatt, das ich in Bd. 15 dieser Zeitschrift veröffentlicht habe, das κ in dem Wort κινιν (Z. 4 v. unt.).

Digitized by Google

potest. Das Kap. des Vindobonensis ist dadurch entstanden, dass der Schreiber, wie er anderwärts K in zwei Buchstaben auflöste, so hier IC in ein K zusammenzog (also las: iud k· cum), und, wie in den andern Stellen die Missdeutung des K die darauf folgende Zahl verschwinden liess, so musste sich hier das auf IC folgende cum, weil der Schreiber wegen des K· nun eine Zahl vermuthete, gefallen lassen, als Ziffer CII gelesen zu werden.

II.

Zu fr. 23 § 2 de usurp. (41. 3).

In D. (41. 3) 23 pr. wird von Javolenus der bekannte Satz vorgetragen, dass der Besitzer eines Hauses nicht zugleich als Besitzer der Baumaterialstücke als einzelner Sachen gelten könne, und hervorgehoben, dass bei entgegengesetzter Annahme die Usucapion des Gebäudes sich in der Mobiliarersitzungszeit („anno" schrieb Javolen), also früher als die des Bodens vollenden würde. In § 2 derselben Stelle zieht nun der Jurist die Consequenz seiner Anschauung für den Fall, dass das Haus (vor Ablauf der Immobiliarersitzungszeit) zerstört wird:

> Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est [1]), usucapiantur. et non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt: nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt et cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent. neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tamquam mobilis sit possessa.

Dieser Paragraph erregt in mehrfacher Richtung schwere Bedenken. Zunächst liegt in dem Absatz „et cohaerentibus his in aedificio depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent" die Textverderbniss so klar zu Tage, dass sie Niemandem hat entgehen können. Aber nicht minder unerträg-

---

[1]) Statt „tempore, quod .... constitutum est" schrieb Javolen natürlich anno, oder aber der ganze Passus „ut ... usucapiantur" ist interpolirt, s. auch Eisele, Jahrb. f. Dogm. 24, S. 515 n. 9.

Digitized by Google

lich scheint aus innern Gründen der vorhergehende Absatz: „nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt". Der Satz, dass der Besitzer des Hauses die Materialstücke als einzelne nicht besitze, war im pr. ausführlich dargelegt: wozu ihn hier wiederholen? Und wenn es noch einfach hiesse: „nam eas solas et separatas ab aedificio non possedisti"! Statt dessen die sonderbare Vergleichung, die anscheinend im Nachsatz (sic . . .) nur ganz dasselbe wiederholt, was schon im Vordersatz (quemadmodum . . . . .) und zwar schärfer, weil mit dem technischen Ausdruck possidere, gesagt war!

Die Textverbesserungen, die man vorgeschlagen hat, sind keineswegs geeignet, diese Bedenken zu heben. Ich will hier nur zwei dieser Vorschläge berühren. Mommsen will lesen:

> nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti nisi depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt cohaerentibus his in aedificio.

Dadurch wird die Stelle äusserlich lesbar; aber die innerliche Unmöglichkeit des Satzes in dem Zusammenhang, wie er uns vorliegt, bleibt bestehen. Javolen würde sagen: „du kannst dir die Zeit, während deren die Materialien Stücke des Hauses waren, nicht anrechnen; denn wie du dieselben als einzelne vor dem Abbruch nicht besessen hast, so hast du sie als einzelne auch nicht besessen, so lange sie Bestandtheile des Hauses waren (d. h. eben wieder: vor dem Abbruch) [1])". Mit Rücksicht darauf will Eisele[1]) nicht nur das „et" vor „cohaerentibus" sondern auch die Worte „depositis aedibus quae hoc quoque ipsum continent" ganz hinauswerfen und also lesen:

> nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt cohaerentibus his in aedificio.

Das soll heissen: „wie du die Baumaterialien nicht besessen hast vor ihrer Verbauung — du hast ja das fertige Haus gekauft —, so hast du sie als Mobilien auch nicht in der Zeit besessen, da sie Bestandteile des Hauses waren".

---

[1]) Vergl. Eisele, a. a. O. S. 516.


Digitized by Google

Allein bei dieser Auffassung wäre es doch höchst auffallend, dass gerade der entscheidende Punkt der Vergleichung — das „vor dem Abbruch“ — in der Stelle gar nicht oder doch nur so überaus undeutlich (nämlich in den Worten: solas et separatas) zum Ausdruck käme; und sodann ist schlechterdings nicht abzusehen, inwiefern die vergleichende Heranziehung der Rechtslage *vor* der Einbauung irgendwie zur Bestätigung oder Erläuterung der Meinung dienen soll, die Javolen von der Rechtslage *während* bestehender Einbauung aufgestellt hat.

Mir will nun scheinen, dass auf einem andern Weg der innere Zusammenhang unserer Stelle sehr einfach und, wie ich hoffe, in völlig überzeugender Weise erklärt werden kann. Die Frage, ob der Besitzer des Hauses Besitzer der Materialstücke als einzelner sei, kam nicht bloss hinsichtlich der Ersitzungszeit, sondern namentlich auch hinsichtlich der Zuständigkeit der Besitzinterdicte in Betracht. War das Haus niedergerissen und es brach über den Besitz des Baumaterials Streit aus, so fragte sich, ob bei erhobenem interdictum Utrubi der ehemalige Besitzer des Hauses sich die Zeit, während er die Materialien nur als Teil des Hauses besessen hatte, anrechnen dürfe: wer siegte z. B., wenn jener das Haus als Ganzes ein halbes Jahr, die Materialien als einzelne einen Monat, der Gegner aber sodann letztere fünf Monate hindurch besessen hatte? Gerade auf diese Frage nun bezog sich m. E. unsere Stelle in ihrem ursprünglichen Wortlaut von den Worten „et non potes“ an, und die Compilatoren haben hier nur, wie so oft, einer Aeusserung, die sich auf das Utrubi bezog, durch Streichungen Beziehung auf die Ersitzung gegeben. Javolen wird etwa geschrieben haben:

> et, si interdicto utrubi agetur, non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt.

Diese Annahme wirft überraschendes Licht auf den nun folgenden Begründungssatz: die Worte nec penes te fuerunt enthalten eine deutliche Anspielung auf den Wortlaut des interdictum Utrubi: „utrubi .... fuit“. Ein Geger der Ansicht Javolens hätte aus diesem Wortlaut argumentiren mögen: hier sei es mit dem possidere nicht so genau zu nehmen, hier komme es ja nur darauf an, „bei“ welcher Partei der Streitgegenstand „gewesen“ sei, und „gewesen“ sei doch das Material

Digitized by Google

„bei“ dem Besitzer des Hauses. Dem tritt nun Javolen mit den entscheidenden Worten entgegen, die einzig bei dieser Auffassung einen Sinn gewinnen: quemadmodum ..... non possedisti, sic nec penes te ..... fuerunt.

Es bleibt nun noch der Absatz: et cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent. Völlig zweifellos ist mir hier, dass die Worte „depositis aedibus“ herausgeworfen werden müssen. Der Relativsatz „quae hoc quoque ipsum continent“ kann nämlich unmöglich von aedibus, er muss von his abhängig gedacht werden: cohaerentibus his in aedificio, quae hoc quoque ipsum *(scil. aedificium)* continent, d. h. so lange die Materialstücke im Gebäude zusammenhängen, welche ja auch das Gebäude selbst in sich enthalten, in ihrem körperlichen Bestand mit dem Gebäude identisch sind. Sowie man das Relativpronomen an aedibus anknüpft, steht das hoc quoque ipsum beziehungslos in der Luft. Und woher stammen nun die Worte depositis aedibus? Ich möchte vermuten, dass sie in dem Manuscript, das den Compilatoren vorlag, auf dem Rand standen, sei es als Glossem, sei es weil im Text ausgelassen, und dass sie in der einen oder andern Eigenschaft zu dem Conditionalsatz gehörten, worin Javolen von der Erhebung des interdictum Utrubi sprach: si (depositis aedibus) interdicto utrubi agetur, oder wie der Satz sonst gelautet haben mag. Da die Compilatoren nun jenen Conditionalsatz strichen, wussten sie mit den Worten am Rand nichts anzufangen und fügten sie dann aufs Geradewohl vor dem Relativsatz ein, der eine Beziehung auf ein vorausgehendes Pluralsubstantiv zu fordern schien.

Nicht so leicht kann ich mich entschliessen, das „et“ vor cohaerentibus aus unserm Text herauszuwerfen. Die Construction, die sich dann ergibt (penes te fuerunt cohaerentibus his) ist überaus hart und dem Javolen kaum zuzutrauen; auch verliert der Relativsatz dann alle Bedeutung. Weit wahrscheinlicher ist mir, dass hinter continent einige Worte gestrichen worden sind, in denen wiederum von den Besitzinterdicten die Rede war, und dass die Compilatoren es in ihrer Raschheit unterliessen, das Vorhergehende mit dieser Streichung in Einklang zu setzen. Der Absatz mag etwa gelautet haben:

Digitized by Google

et cohaerentibus his in aedificio, quae hoc quoque ipsum continent, *de aedificii, non singularum rerum possessione interdicetur.*

III.

Zu fr. 14 de fideiuss. (46. 1).

Fr. 14 cit. lautet:

> Cum reus promittendi fideiussori suo heres exstitit, obligatio fideiussoria peremitur. quid ergo est? tamquam a reo debitum petatur et, si exceptione fideiussori competente usus fuerit, in factum replicatio dari debebit aut doli mali proderit.

Die Stelle ist aus äussern und innern Gründen verdächtig. Aus äussern: der Gebrauch des Worts competens deutet, wie Gradenwitz[1]) nachgewiesen hat, mit grösster Wahrscheinlichkeit auf Interpolation. Aus innern: ist die Obligation des Bürgen erloschen und wird der Hauptschuldner als Hauptschuldner, nicht als Erbe des Bürgen belangt, so ist nicht abzusehen, wie er eine exceptio fideiussori competens soll benutzen können. Die Stelle scheint also verderbt, und es fragt sich, ob der geschehenen Interpolation nicht irgendwie beizukommen ist.

Fr. 14 ist dem Buch 47 der Julianischen Digesten entnommen; in diesem Buch hat Julian einen grossen Teil der prätorischen Vermögensexecution behandelt, speziell auch die Lehre vom curator bonorum und von der actio Pauliana (§ 224. 225 meines edictum perpetuum), wie aus D. (42. 7) 5[2]) und (39. 6) 17 hervorgeht. Jenen Materien nun gingen im prätorischen Album unmittelbar voraus: das Edict de separationibus und die bekannte formula Serviana, mit der von dem bonorum emptor und wider ihn geklagt wurde, wenn der Concurs über das Vermögen eines Verstorbenen stattgefunden hatte (a. a. O. § 223. 222). In meinem Edict habe ich (wie übrigens schon Cujaz) unser Fragment auf das Edict de

---

[1]) In dieser Zeitschr. Bd. 20, S. 58 fgg., über die Stelle selbst S. 69 fg.

[2]) Diese Stelle ist von mir, ed. perp. p. 341 n. 17, fälschlich auf den magister bezogen.

Digitized by Google

separationibus beziehen zu sollen geglaubt. Anlass dazu gab D. (42. 6) 3 pr. (aus Papinian. 27 quaest.):

> Debitor fideiussori heres extitit eiusque bona venierunt: quamvis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilo minus separatio impetrabitur petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor sive plures. neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.

Sieht man näher zu, so bemerkt man, dass die beiden Stellen nichts mit einander gemein haben, als dass eben hier wie dort von einer Beerbung des Bürgen durch den Hauptschuldner die Rede ist. Die Entscheidung selbst, die in fr. 14 gegeben wird, versagt sich jeder Anknüpfung an das Edict de separationibus. Dagegen fällt, wie ich nachweisen will, volles Licht auf unser Fragment, wenn man zu dessen Erklärung die formula Serviana heranzieht.

In der Servianischen Formel wird bekanntlich der bonorum emptor als Erbe des verstorbenen Gemeinschuldners fingirt. Wie nun, wenn im Concurs über die Erbschaft eines fideiussor der Hauptschuldner selbst als bonorum emptor aufgetreten war und jetzt der Gläubiger ihn in dieser Eigenschaft und nicht in der als Hauptschuldner belangen wollte? Dazu konnte der Gläubiger leicht Veranlassung haben: denn der Hauptschuldner mochte als solcher sich durch eine exceptio personalis schützen können, die dem Bürgen nicht zugestanden hatte, etwa die exceptio pacti de non petendo in personam [1]). Wie sollte nun der Gläubiger in solchem Falle seine Klage formuliren? Mit der Fiction „si heres esset“? Man versuche es [2]):

> Ea res agatur, quod N^s N^s pro Lucio Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem Lucium Titium, si N^i N^i heres esset, A^o A^o dare facere oporteret, eius *rel.*

---

[1]) D. (2, 14) 22.

[2]) Gai. 4, 137 ict. 35.


Digitized by Google

Diese Formel wäre einfach Anweisung zur Absolution gewesen: denn, wie es in fr. 14 heisst: cum reus promittendi fideiussori suo heres exstitit, obligatio fideiussoria peremitur. Freilich ist dieser Satz ja nicht ausnahmslos richtig: die Obligation des Bürgen dauert fort, sobald sie der des Hauptschuldners gegenüber die obligatio plenior ist, und so würde ja die Sache in unserm Fall, wo dem Hauptschuldner, nicht aber dem Bürgen eine exceptio zustand, wirklich liegen. Aber man erwäge, in welch sonderbare Lage der klagende Gläubiger hier durch die Servianische Fiction gebracht würde. Um zu siegen, hätte er, der Gläubiger, nachweisen müssen, dass die Obligation des Bürgen hier ausnahmsweise die stärkere sei, d. h. dass dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Hauptschuldner eine Einrede zustehe, die der Bürge nicht gehabt hätte. Und was soll der Kläger gar machen, wenn er, wie es doch leicht geschehen kann, selber an der Begründung der vom Hauptschuldner behaupteten Einrede zweifelt und nur der grösseren Sicherheit halber jenen lieber als Rechtsnachfolger des Bürgen belangen will? Man sieht, die Fiction „si heres esset“ ist hier unbrauchbar. Wie also ist dem Gläubiger zu helfen? Unsere Stelle gibt die Antwort, sobald man sich nur entschliesst, die verdächtigen Worte fideiussori competente zu streichen:

> tamquam a reo debitum petatur et, si exceptione usus fuerit, in factum replicatio dari debebit aut doli mali proderit.

D. h.: man belangt den Hauptschuldner als solchen und, wenn er nun seine exceptio vorbringt, so replicirt man ihm, dass er ja Käufer der bona des Bürgen sei, dem diese exceptio nicht zugestanden habe. Um eine exceptio des Hauptschuldners also, nicht des Bürgen handelt es sich: dies wird sich für den Leser aus dem von den Compilatoren gestrichenen Zusammenhang der Stelle ergeben und eben darum Julian hier nur glattweg „exceptione“ ohne weitern Zusatz geschrieben haben. Die Compilatoren aber missverstanden die Bemerkung und glaubten so dem Verständniss des Lesers durch den verdeutlichenden Zusatz fideiussori competente auf die richtige Spur zu helfen.

Digitized by Google

Was ich oben von der Beerbungsfiction ausgeführt habe, gilt selbstverständlich ebenso von dem Fall wirklicher Beerbung des Bürgen durch den Hauptschuldner. Auch hier bediente der Kläger sich nicht der wider den fideiussor zuständig gewesenen Klagformel, weil diese durch die Berufung auf die erfolgte Confusion zurückgewiesen und dem Kläger sonach die vorhin erwähnte unbillige Beweislast aufgeladen worden wäre: er klagte also wider den Hauptschuldner als solchen, erwartete die Einrede und replicirte. Da Julian, wo er von den Folgen der Fiction „si heres esset" handelte, den Fall wirklicher Beerbung überall vergleichend heranziehen musste, so wird fr. 14 auch mit Rücksicht auf diesen Fall geschrieben sein.

IV.

Zu fr. Vat. 334.

Fr. Vat. 334 handelt, wie trotz der Geringfügigkeit der erhaltenen Reste längst erkannt ist, vom Erwerb und der Wahrung von Actionen durch Procuratoren. Zur Ausfüllung der Lücken haben die Herausgeber verschiedene Pandektenstellen benutzt; eine aber, mit deren Hilfe ein Absatz des Fragments dem Inhalt nach ganz sicher wiederhergestellt werden kann, ist bisher nicht herangezogen worden. In dem Manuscript heisst es:

> Iulianus et si m . . . .
> rator denuntiet n . . . .
> fiduciae actionem.

Die hier berichtete Aeusserung Julians ist uns in fr. 30 D. (17. 1) erhalten. Allerdings ist daselbst nicht von der actio fiduciae, sondern von der actio mandati die Rede. Allein dass dieser Wortlaut auf Interpolation zurückgeht, dass Julian von der actio fiduciae handelte, ist von mir in Bd. 16 dieser Zeitschr. S. 177 fg. gezeigt worden. Bei Julian lautete die Stelle:

> Si hominem tibi *mancipio* dedero, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an *fiduciae* agere possim, si tu eum manumiseris? Respondi, si procurator iustam causam habuit inter-

Digitized by Google

pellandi manumissionem servi . . . . . ., tenebor nisi denuntiationi procuratoris paruero.

Danach wird man nicht fehl gehen, wenn man fr. Vat. 334 anders als bisher und zwar etwa folgender Massen ergänzt:

Iulianus et si m*ancipaverim tibi hominem, ut cum manumitteres, et postea ex iusta causa procu*rator denuntiet, ne *manumittas, respondit, nisi pareas denuntiationi, competere mihi* fiduciae actionem.

IX.

Aus und zu den Quellen des römischen Rechts.

Von

Herrn Geheimerat **Dr. Zachariä von Lingenthal**

auf Grosskmehlen.

I.

Einleitung.

Es sind hauptsächlich „Graeca“, die zu den nachstehenden Bemerkungen Veranlassung gegeben haben. In früheren Aufsätzen habe ich bereits wiederholt an Beispielen gezeigt, wie auch nach Cujacius noch gar mancherlei Lehrreiches aus den Quellen des byzantinischen Rechts zu schöpfen ist. Die nachstehenden Bemerkungen sollen zu diesen früheren Aufsätzen gewissermassen die Fortsetzung bilden.

Man muss bei Benutzung der byzantinischen Rechtsquellen stets die verschiedenen Zeitalter und Verfasser auseinander zu halten suchen, wenn man sie richtig beurtheilen will. Von verschiedenem Werthe sind schon die Bruchstücke aus den Schriften der sogenannten Justinianischen Juristen, die ja keineswegs gleichzeitig sind sondern in der Zeit vom zweiten Drittheile des sechsten bis zur Mitte des siebenten Jahrhunderts gelebt und geschrieben haben: Theophilus, Dorotheus,

Digitized by Google

Thaleläus sind von ganz anderer Bedeutung, als ihr weitschweifiger Nachfolger Stephanus! Sehr viel niedriger noch stehen die Leistungen der Juristen unter den Kaisern der Macedonischen Dynastie. Ihre zum Theil haarsträubenden *ἐξελληνισμοὶ* in den Basiliken zeigen, dass man damals erst wieder anfing juristisch zu denken, und ihre Interpolationen sind wohl mitunter angemessen, wie z. B. die der *κτήτορες* in Cod. 12, 1, 15, häufiger aber äusserst ungeschickt, wie z. B. *γυναῖκα* statt naviculam in Cod. 11, 8, 9[1]), *τοῦ λουτροῦ* statt labarum in Cod. 12, 18, 1. Mehr Anerkennung verdienen die Anmerkungen zu den Basiliken, welche von den Juristen der im Jahre 1043 restaurirten Rechtsschule zu Konstantinopel herrühren, und welche zeigen, wie man damals die Basiliken durch Zurückgehen auf die Schriften der Justinianischen Juristen zu erklären suchte.

Es ist nur zu bedauern, dass die Heimbachische Ausgabe der Basiliken, der überhaupt der Vorwurf mangelnder Kritik gemacht werden muss, insbesondere so gar nichts für die Unterscheidung des Alten und des Neuen in den Scholien, und der verschiedenen Verfasser gethan hat. Will man sich daher auf geschichtliche Nachrichten, auf Erklärungen und dergleichen, die in den Basiliken und deren Scholien vorkommen, berufen, so muss man sich stets zuvor fragen, ob und welche Autorität den betreffenden Stellen zuzuerkennen ist. Zur Beantwortung dieser Frage, wo es sich um Codexstellen handelt, glaube ich in meinem jüngsten Aufsatz über die griechischen Bearbeitungen des Codex die erforderlichen Unterlagen so weit möglich gegeben zu haben: man wird darnach beurtheilen können, welcher Werth z. B. den Nachrichten über die lex Papia (bei Cod. 6, 18. 58, 12), über das Edictum perpetuum (bei Cod. 2, 3, 6. 7, 16, 21), über das SC. Ninnianum (bei Cod. 7, 20, 2) u. dgl. m. beizumessen ist. Eine ähnliche Arbeit über die griechischen Bearbeitungen der Digesten, insbesondere über das *πλάτος* des Stephanus, ist noch Bedürfniss. Wie es scheint, will sie demnächst Ferrini liefern: möge er namentlich

---

[1]) Ob hier indessen nicht der Fehler in der Synopsis Γ, 10, 2 liegt, mag wegen der Uebersetzung in den Monatsberichten der Akademie zu Berlin 1881 S. 23 dahingestellt bleiben.

Digitized by Google

nach drei Richtungen hin Klarheit verschaffen, nämlich ob die *παραγραφαὶ* einen Bestandtheil des *πλάτος* bilden, und ob Letzteres vielleicht als eine Ueberarbeitung des Digestenindex des Antecessor Theophilus charakterisirt werden darf, endlich über welche Bücher der Digesten sich die uns erhaltenen Bruchstücke des *πλάτος* verbreiten.

II.

Dig. 12, 3, 9. 47, 2, 19 § 3.

Javolenus sagt Dig. 12, 3, 9:

> Cum furti agitur, jurare ita oportet tanti rem fuisse cum furtum factum sit, non adici eo plurisve, quia quod res pluris est utique tanti est.

Anstössig ist hier zunächst das eo. Da es sich um Werthsbestimmung handelt, so erwartet man die Angabe einer Geldsumme, welche kraft zu leistenden Eides als den Werth darstellend betrachtet werden soll. Dem entsprechend scheint es sich zu empfehlen, dass man tot, oder vielleicht ꝏ (mile) oder CC, nämlich Sestertien oder Denare, für EO liest.

Sodann aber und hauptsächlich ist fraglich, wodurch Javolenus zu seiner Bemerkung überhaupt veranlasst worden ist. Es ist ja so selbstverständlich, dass wo es sich um Gewinnung einer festen Basis für das Quadrupliren oder Dupliren bei der furti actio handelt, das Hinzufügen von plurisve zur Angabe des Werthes der gestohlenen Sache durchaus zwecklos und der Sachlage nicht entsprechend ist. Interessant ist nun die Antwort auf diese Frage, welche Stephanus, der *εἰς πλάτος τὰ δίγεστα ἐξηγήσατο*, in einer *παραγραφὴ* zu unserer Stelle giebt: denn den Stephanus hat die *παραγραφὴ* zweifellos zum Verfasser. Ist was Stephanus sagt auch nicht richtig, so führt es doch auf die richtige Lösung.

Die *παραγραφὴ* gehört zu den Worten non adici und lautet[1]):

> *Τουτέστι „μὴ προστιθέναι καὶ λέγειν ἄξιον ἦν ε' νομισμάτων καὶ πλείονος τοῦδε“ φησὶν ὁ νομικὸς*

---

[1]) Basil. ed. Heimbach to. II p. 238.

Digitized by Google

αἰνιττόμενος τὸν παλαιὸν τῶν φορμούλων τύπον οὕτως ἔχοντα· εἰ φαίνεται τὸ πρᾶγμα σʹ νομισμάτων καὶ μικρῷ πλείονος. ἧττον γὰρ ἔλεγε τῆς ἀληθινῆς ποσότητος ὁ ἄκτωρ διὰ τὸν κίνδυνον τῆς πλουσπετιτίονος.

Stephanus scheint in dem hervorgehobenen Satze die Worte des alten griechischen Index der Digesten zu reproduciren, der hier wahrscheinlich (vergl. z. B. das schol. 4 *Σημείωσαι* in Bas. II p. 580) der vom Antecessor Theophilus verfasste gewesen ist. Der Index bestätigt hier offenbar die vorhin geäusserte Vermuthung, dass statt des eo des lateinischen Textes eine Werthsangabe in Zahlen gesetzt werden müsse. Würde man also z. B. *ιʹ νομισμάτων* statt *εʹ νομ.* lesen, so deckte sich die Uebersetzung des Index vollkommen mit der Conjectur mile statt eo (10 sol. = 1000 HS.).

Gehen wir nun näher auf den Inhalt der *παραγραφὴ* ein, so meint Stephanus, dass die Bemerkung des Javolenus durch den Hinblick auf eine alte Formula veranlasst sei, in welcher zu einer Werthsangabe ein plurisve hinzugesetzt war. Für plurisve lässt er es in der mitgetheilten Formula heissen: *καὶ μικρῷ πλείονος.* Dies ist indessen nichts Besonderes, sondern einfach eine Uebersetzung des plurisve. Denn, wie Ulpian in Dig. 50, 16, 192 sagt, die adjectio „plurisve“ non infinitam pecuniam continet sed modicam, was die Griechen besonders hervorheben zu müssen geglaubt haben durch den Zusatz *μικρῷ πλεῖον.* (Die Redensart *μικρόπλεον* kehrt namentlich bei Altersangaben in syrischen Vertragsurkunden und auf Grabschriften verstorbener Syrer wieder. Vergl. Hermes XIX S. 423). Die alte formula lässt Stephanus auf *νομίσματα* (aurei) gestellt sein. Dies ist aber offenbar nur eine Anwendung der in den Justinianischen Rechtsquellen allgemein beliebten Interpolation von einem aureus für 100 HS, also 200 *νομίσματα* für 20 000 Sestertien.

Wenn es endlich in der angeblichen alten Formula heisst *εἰ φαίνεται*, so könnte man bei dem Doppelsinn des *εἰ* — an oder si — an sich zweifeln, ob es sich hier um die formula eines praejudicium oder die intentio der formula einer actio handelt. Indessen die Formula eines praejudicium kann wohl kaum gelautet haben: an paret etc., und *εἰ φαίνεται* bedeutet bei den Griechen regelmässig das si paret der lateinischen

Digitized by Google

formula[1]). Man hätte vielleicht an das praejudicium quo quaeritur an ea res de qua agitur major sit centum sestertiis (Paul. sent. 5, 9 § 1) denken mögen: allein von einem praejudicium kann überhaupt schon um deswillen nicht die Rede sein, weil bei einem solchen die Gefahr einer pluspetitio nicht eintritt, diese Gefahr aber wenigstens nach der Darstellung des Stephanus die Ursache der eigenthümlichen Formulirung gewesen sein soll. Ebenso wenig kann an ein arbitrium liti aestimandae bei der actio legis Aquiliae quae in confitentem datur gedacht werden: die formula enthielt hier überhaupt keine Werthsangabe.

Erwägt man vielmehr, dass Stephanus von der alten Formula im Zusammenhange mit dem Falle „cum furti agitur" spricht, so müsste man sich nach des Stephanus Angaben die angeblich vorkommende Formula einer furti actio etwa wie folgt construiren:

> . . . . si paret rem de qua agitur viginti sestertium plurisve esse, tantae pecuniae quadrupli oder dupli N^m N^m A^o A^o condemna, s. n. p. a.

Allein ich glaube nicht, dass eine solche Formulirung denkbar ist. Was könnte den Prätor veranlasst haben, eine derartige Formula in albo zu proponiren, und einen Kläger, dieselbe zu wählen, da die allgemeine Formulirung „quanti eam rem paret esse" vollkommen ausreichte und für den Kläger jede Gefahr einer pluspetitio ausschloss?

Meines unmassgeblichen Dafürhaltens hat sich Stephanus ein Missverständniss zu Schulden kommen lassen. Er hat intentio und demonstratio nicht genügend von einander gehalten. Dass es sich hier in der That um die Formulirung der demonstratio handelt, ergiebt sehr deutlich die l. 19 pr. § 3 D. 47, 2. Hier sagt Ulpian:

> In actione furti sufficit rem demonstrari, ut possit intellegi . . . . . signati argenti numerum debebit

---

[1]) Wollte man zurückgehen bis auf ein noch älteres Verfahren, so könnte das si paret als Bedingung einer sponsio gedacht werden. Doch ist wohl zu bezweifeln, dass Stephanus ein solches altes Präjudicialverfahren gekannt habe.


Digitized by Google

complecti, veluti aureos[1]) tot pluresve furto ei abesse.

Die Formulirung „tot pluresve" in der demonstratio war in diesem und ähnlichen Fällen (vergl. l. 52 § 25 D. eod.) für den Kläger schon um deswillen wichtig, um, wenn es zur eidlichen Erhärtung kam, mit gutem Gewissen schwören zu können, auch wenn er über die Höhe des Betrags nicht ganz sicher war. Dass aber alsdann nur die angegebene bestimmte Zahl Gegenstand des Eidschwurs war, ohne den Zusatz „pluresve", das ist es was Javolenus in der Eingangs angeführten Stelle im Hinblick auf eine solche Fassung der demonstratio hervorheben zu müssen geglaubt hat. Wie aber bei solcher demonstratio die intentio gelautet, oder wie die Formula die Eine mit der Anderen in Verbindung gebracht haben mag, das zu untersuchen würde hier, wo es sich hauptsächlich um die *παραγραφὴ* des Stephanus handelte, zu weit führen, zumal die Untersuchung sich über die ganze Mannichfaltigkeit der Fälle, wo eine actio furti statt hat, und die für solche passenden formulae verbreiten müsste.

III.

Das fraudatorium interdictum, Dig. 17, 2, 68 § 1 und die Lücke in Dig. 42, 8, 25.

Ein Gesellschafter, den sein Gesellschafter ausklagt, kann verlangen, dass er nur in quantum facere potest verurtheilt werde. Wenn er jedoch absichtlich, um seinen Gesellschafter zu schädigen, sein Vermögen verkürzt hat, geht er dieser Rechtswohlthat verlustig. Da sagt nun Gajus libro X ad edictum provinciale in Dig. 17, 2, 68 § 1: Illud quaeritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur. sed verius est de eo sentire proconsulem qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est „quod dolo fecisti ut desineres possidere".

[1]) Ulpian hat hier wohl Sestertien oder Denare genannt: Denn Goldstücke fallen doch nicht unter den Begriff gemünzten Silbers.

Digitized by Google

Bemerkenswerth ist, wie der griechische Index der Digesten — er ist uns hier erhalten in Basil. I p. 780 sq. — den Schlusssatz dieser Stelle wiedergiebt. *Καὶ ἀληθέστερόν ἐστι*, so heisst es, *περὶ τούτου ταῦτα λέγειν τὸν πραίτωρα τοῦ δαπανῶντος τὴν οἰκείαν περιουσίαν, οὐ μὴν τοῦ μὴ αὔξοντος, ὡς ἐπὶ φραυδατορίου ἰντερδίκτου, ὅπερ οἱ δανεισταὶ κινεῖν εἰώθασιν πρὸς περιγραφὴν αὐτῶν τοῦ κοινοῦ δεβίτωρος τὴν ἰδίαν ἐλαττώσαντος περιουσίαν· κινοῦντες γὰρ τούτοις χρῶνται πρὸς αὐτὸν ῥήμασιν, ὅτι χρή σε καταδικασθῆναι εἰς ὅσον δόλον ἐποίησας τοῦ παύσασθαί σε κεκτῆσθαι, τουτέστιν εἰς ὅσον ἠλάττωσας τὴν σαυτοῦ περιουσίαν.*

Auffallend ist hier zuvörderst, dass statt des Proconsul der Prätor genannt wird. Ich lasse dahin gestellt, ob dies unabsichtlich geschehen ist, mit Rücksicht darauf, dass auch das prätorische Edict die gleiche Bestimmung enthalten hat: oder ob absichtlich, weil vielleicht Justinian dem Statthalter der Provinz, in welcher der Verfasser gelebt hat (etwa der *ἐπαρχία φοινίκης παραλίασ*, in welcher Berytus liegt), gleich den Statthaltern anderer Provinzen durch Nov. XXIII (24). XXIV (25). XXV (26). XXXII (29), den Titel Prätor verliehen hatte, so dass statt des Proconsul *ὁ νῦν πραίτωρ* erwähnt wird. (Vergl. Basil. 60, 48, 10 schol. *Τυχόν*).

Noch auffallender aber ist, dass und wie der Index die Worte ex interdictis interpretirt. Man kann wohl heut zu Tage mit ziemlicher Sicherheit behaupten, dass Gajus die drei Interdicte adipiscendae possessionis gemeint hat, die in seinen Institutionen lib. IV § 144. 145. 146 hinter einander aufgeführt werden: quorum bonorum, possessorium, sectorium. Wie kommt der Index dazu, statt deren das fraudatorium interdictum zu nennen?

Ich glaube die Interpretation des Index auf folgende Weise erklären zu sollen.

Bekanntlich ist im neuesten Rechte die Pauliana actio und das interdictum fraudatorium mit einander zu einem einheitlichen Rechtsmittel verschmolzen. Da, seitdem alle Rechtsstreitigkeiten extraordinaria judicia sind, der Unterschied zwischen actio und interdictum geschwunden ist, so konnte für dieses Rechtsmittel entweder der Name actio (Pauliana)

Digitized by Google

oder der Name interdictum (fraudatorium) gebraucht werden: ja das Letztere scheint die übliche Bezeichnung geworden zu sein, theils weil man mit der Pauliana actio einen veralteten Begriff auch später verband (wie aus den griechischen Institutionen des Theophilus IV, 6, 6 zu schliessen ist), theils weil das „fraudatorium“ sich als die Sache bezeichnend empfehlen mochte. So scheint nun auch der Index als φρανδατόριον ἰντέρδικτον zu bezeichnen, was eigentlich eine Paulianische actio war. Denn dass diese auch gegen den betrügerischen Schuldner ging, erhellt aus l. 1 pr. in fine und l. ult. in fine D. 42, 8, sowie aus l. 6 C. 7, 75 „vel dolo malo fecit quominus possit“. Vergl. Cujac. Obss. XII, 5.

Bei dieser Gelegenheit will ich zum Schlusse darauf aufmerksam machen, dass die Florentinische Handschrift (und nach ihr alle übrigen Handschriften der Digesten) in Dig. lib. 42 in Titel 8 Quae in fraudem creditorum dig. 25 lückenhaft zu sein scheint. Die Basiliken nämlich lib. IX tit. 8 schieben im κεφ. κε′ zwischen θε′. γ′ und ε′ d. i. zwischen § 2 und 3 der l. 25 cit. Folgendes als θε′. δ′ ein:

Εἰ ὁ βλάψας ἀγνοοῦντι τῷ δανειστῇ δῷ τὸ χρέος, οὐκ ἀνατρέπεται τὸ πραχθέν.

Eine diesem Satze entsprechende Stelle haben weder Fabrot noch Heimbach in den Quellen des Justinianischen Rechts nachzuweisen vermocht. Es sprechen aber weder äussere noch innere Gründe dafür, dass sich hier ein unächtes Einschiebsel späterer Zeit in die Basiliken eingeschlichen haben sollte. Es wird daher dieser Satz zu denjenigen Stellen zu rechnen sein, welche die den Griechen vorliegenden vollständigeren Handschriften der Digesten enthalten haben, die Florentinische Handschrift aber auslässt. Man vergleiche die Aufzählung in Mommsen's Praefatio p. LV not. 2.

IV.

Die lex Furia de sponsu und Dig. 17, 1, 29 § 6. Cod. 8, 40 (41), 29.

Eine lex Furia schrieb vor, dass sponsio und fidepromissio mit dem Ablauf von zwei Jahren erlöschen sollten. Die lex

Digitized by Google

Furia hatte aber nur für Italien Geltung: in den Provinzen „fidejussores perpetuo tenebantur". Gaj. III, 121. Ob die lex Furia in Italien bis zum Untergang des weströmischen Reichs in Kraft geblieben ist, wissen wir nicht: gewiss aber galt sie nicht im oströmischen Reiche, als Justinian die Digesten und den Codex abfassen liess, und hätte hier höchstens eine geschichtliche Erinnerung finden können. Aber lassen sich nicht in den Bruchstücken aus den in den Digesten excerpirten alten Schriftstellern oder in Constitutionen des Codex wenigstens Spuren jener eigenthümlichen Bestimmung der lex Furia nachweisen?

Am deutlichsten scheint dies auf den ersten Blick in der restituirten l. 29 C. de fidejuss. 8, 40 (41) der Fall zu sein. Die in den Basiliken 26, 1, 93 erhaltene Summe dieser Justinianischen Verordnung lautet nämlich:

Ἐάν τις ἐγγυήσηται ἐπὶ τόκοις, μὴ μόνον εἰς διετίαν κατέχεσθαι (κατεχέσθω?), ἀλλὰ τοσοῦτον χρόνον ὅσον σύνθηται. ὅσον οὖν θέλει χρόνον ὁριζέτω, μόνον εἰ μὴ ὑπὲρ τὸ διπλοῦν συνάγεται ἐν αὐτῷ.

Und da die hier erwähnte *διετία* nur aus der lex Furia erklärt werden könnte, so scheint auf den ersten Blick die Originalverordnung in der That dieser Lex gedacht zu haben. Allein ich frage, wie sollte Justinian darauf gekommen sein, die für sein Reich gar nicht in Betracht kommende lex Furia zu modificiren? wie hätte er Veranlassung finden können, dies grade für die Bürgschaft eines zinsbaren Darlehns zu thun? endlich welchen Grund hätte er haben können, nur eine vertragsweise Festsetzung eines anderen Termins anstatt des biennium der lex Furia zuzulassen? Ich glaube daher nicht fehl zu gehen, wenn ich behaupte, dass der in den Basiliken überlieferte Text verderbt ist. Bekanntlich lieben es die Schreiber, abgekürzt *λ̄ετία*, *μ̄ετία* für *τριακονταετία*, *τεσσαρακονταετία* u. s. w. zu schreiben, und in den ältesten Handschriften wird *κ* mit *ll*, *β* mit *u* geschrieben, so dass beide Buchstaben gar leicht und oft mit einander verwechselt werden. Es ist also *ῡετία* und *l̄lετία* einander sehr ähnlich, und man wird es als eine sehr leichte Emendation betrachten müssen, wenn vorgeschlagen wird, in der angeführten Stelle *εἰς εἰκοσαετίαν* zu lesen, falls man nicht vorziehen sollte, statt *εἰς διετίαν* (da das *εἰς*

Digitized by Google

überflüssig ist) einfach εἰκοσαετίαν zu setzen. Mit dieser Emendation fällt jede Beziehung auf das Recht der lex Furia weg, die Verordnung wird aber nunmehr erst ganz verständlich. Es hat Jemand ein Darlehn zu fünf Procent aufgenommen: die vor unserer Verordnung erlassene l. 26 C. 4, 32 hatte zwar semisses usuras zur Regel gemacht, aber auch nachher war Niemand gehindert zu fünf vom Hundert Geld auszuleihen, oder der Fall, welcher zum Erlass unserer Verordnung die Veranlassung gab, stammte vielleicht aus älterer Zeit. Waren nun die Zinsen 20 Jahre hindurch gezahlt, so war damit soviel (5 × 20) gezahlt, als das Kapital (100) betrug, und die Verpflichtung Zinsen zu zahlen erlosch wegen des Verbots der usurae ultra alterum tantum. Damit wurde auch derjenige liberirt, welcher für die Zinszahlung (ἐπὶ τόκοις) sich verbürgt hatte. Aber nicht blos mit 20 Jahren soll die Bürgschaft erlöschen, sondern überhaupt mit Ablauf derjenigen Zeit, welche die Partheien bestimmt haben (σύνθηται), vorausgesetzt, dass innerhalb dieser Zeit nicht etwa bereits die gezahlten Zinsen die Höhe des dargeliehenen Kapitals erreicht haben (εἰ μὴ ὑπὲρ τὸ διπλοῦν συνάγεται ἐν αὐτῷ). Man sieht, wie erst auf diese Art die ganze Constitution verständlich wird.

Abgesehen von dieser Stelle hat man von den angeführten Bestimmungen der lex Furia in den Digesten allerlei Spuren zu finden geglaubt[1]). Unterholzner z. B. sagt in der Lehre von den Schuldverhältnissen II S. 530 Anm. „Wenn in mehreren Stellen in Beziehung auf einen fidejussor von einem tempore liberari gesprochen wird (z. B. l. 71 § 1 D. de sol. 46, 3; l. 69 D. de fidej. 46, 1; l. 29 § 6 D. mand. 17, 1), so liegt die Vermuthung nahe, dass ursprünglich von den sponsores und fidepromissores die Rede gewesen ist, die aber in den Justinianischen Rechtsquellen nicht mehr vorkommen durften“. Und Rudorff, Rechtsgeschichte I. S. 51, Anm. 10 zieht hieher die in l. 25 D. de stip. serv. 45, 3 und l. 4 D. de div. temp. 44, 3 berührte Streitfrage

[1]) Wie auf D. 46, 1, 37 hat Bezug genommen werden können, verstehe ich nicht. Denn hier ist vom Schuldner, qui tempore transacto liberatus est, nicht vom Bürgen die Rede.

Digitized by Google

über den Anfang der Verjährung. Allein was die letzteren Stellen betrifft, so verstehen sie die Griechen (Basil. 51, 3, 4) von dem allgemeinen Anfangspunkt des *χρόνος τῶν ἀγωγῶν* d. i. der 30 jährigen Verjährung; wohl nicht ganz passend, da die angegebene Controverse, weil ja mit 30 Jahren auch die Hauptschuld verjährt wäre, keinen Sinn haben würde. Aber man könnte wohl an eine vertragsmässige Befristung denken, die grade in den angegebenen Fällen, wo der Hauptgläubiger noch unbekannt oder in Gefangenschaft ist, sehr begreiflich wäre.

Von den von Unterholzner angeführten Stellen muss ebenso gesagt werden, dass wenigstens die Griechen bei dem tempus quo fidejussor liberari potuit nicht an das biennium der lex Furia gedacht haben.

Besonders interessant ist in dieser Beziehung was die Basiliken XIV, 1, 29 th. 7 (to. II p. 117) für die Erklärung von D. 17, 1, 29 § 6 bieten. In dieser Stelle wird von dem Bürgen gesagt si solus tempore liberatus solverit, es wird also vorausgesetzt, dass gegen ihn die Verjährung früher beendigt sein könne als gegen den Hauptschuldner, und man hat dies von dem biennium der lex Furia verstehen zu müssen geglaubt. Anders die Griechen. Die Scholien der Basiliken geben bei der angeführten Stelle zuerst den Index derselben: der Index in diesem Titel ist aber, wie sich besonders aus der Anführung des Namens auf p. 102—107. 112 ergiebt, der vom Antecessor Theophilus verfasste, obwohl anscheinend von Stephanus überarbeitete, und grade die Auffassung des Theophilus ist von besonderem Gewichte. Theophilus nun interpretirt wie folgt:

Sejus empfängt von Primus ein Darlehn und stellt den Titius als Bürgen. Nach Ablauf von 20 Jahren drängt Primus. Indem er jedoch dem Sejus gestattet nicht gleich zu zahlen (*ἐξὸν οὐκ ἀποδοῦναι*), erneuert dieser das Bekenntniss seiner Schuld (*ἐξεθέμην δευτέραν ὁμολογίαν*, — constitutum debiti proprii), ohne dadurch die obligatio ex mutuo aufzuheben (*ἀκεραίους . . . φυλάξας ἀγωγάς*). Nun verfliesst wieder ein Zeitraum von 20 Jahren. Da ist zwar der Hauptschuldner Sejus wenigstens noch aus dem constitutum verhaftet, der Bürge aber, der nur für die Hauptschuld gebürgt hatte,

Digitized by Google

nachdem mehr als 30 Jahre verflossen sind, seit gegen ihn geklagt werden konnte, jedenfalls liberirt. So weit Theophilus, um das solus tempore liberatus est zu erklären. Theophilus fährt übrigens fort: Wenn nun gleichwohl der Bürge Zahlung leistet, so hat er die Mandatsklage gegen den Sejus. Denn wenn er auch schon liberirt war, als er zahlte, so hat er doch bona fide ein gutes Werk gethan und den Sejus von dessen noch bestehender[1]) Schuld befreit, so dass er denselben ex mandato zum Schuldner hat. Und wenn er bereit ist, dem Sejus beizustehen (*δεφενδεύειν*)[2]), falls derselbe vom Primus belangt werden sollte, so ist es rationell, dass er mittelst der mandati actio vom Sejus das Gezahlte erstattet erhalte.

In der Summe des Anonymus, aus welcher der Text der Basiliken genommen ist, wird nicht gesagt, inwiefern der Bürge *τῷ χρόνῳ μόνος ἐλευθερωθεὶς* sein kann. Der jüngere Jurist aber, von welchem die Anmerkungen zu der gedachten Summe herrühren, construirt die Fälle, wo ein Bürge solus tempore liberatur, anders als Theophilus, vielleicht nach Stephanus, dem er sonst wohl folgt. Er meint, wenn der Bürge sich vor Abschluss des Hauptvertrags verbürgt habe (*πρὸ τοῦ συναλλάγματος συνελήφθη*), so laufe gegen ihn die Verjährung von diesem Tage an (*ἄνωθεν*), gegen den Hauptschuldner aber erst von dem späteren Tage des Abschlusses des Hauptvertrags an, so dass möglicher Weise jene Verjährung vollendet, der Bürge also liberirt sein könne, während der Hauptschuldner noch verpflichtet bleibe. (Anonymus hat hier vielleicht den Fall vor Augen, wo es sich um ein mutuum handelte, welches erst re contrahirt wurde, während die Bürgschaft schon vorher bei Eingehen eines pactum de mutuo dando geleistet sein konnte. Hat er einen solchen Fall nicht

---

[1]) Daher ist auch in unserer Stelle nicht die Rede davon, dass dem Titius etwa eine indebiti condictio zustehe.

[2]) D. h. bei dem Beweis der Zahlung, welcher dem Sejus obliegt, wenn Primus klagt. Anders ein neuerer Scholiast: *ἐπεὶ κατὰ τὸ ἴψο ἰοῦρε ὁ ῥεός οὐκ ἐλευθεροῦται τῇ καταβολῇ, εἰκότως ἀναγκαία ἡ δεφενσίων*! S. dagegen pr. J. 3, 29. — Anonymus verlangt, dass der Titius wegen der ihm obliegenden Defension Caution leiste (*ἀσφαλιζόμενος διεκδικεῖν αὐτόν*).

Digitized by Google

vor Augen, so ist seine Ausführung nun freilich so verkehrt — D. 45, 3, 25 —, dass ich geneigt sein würde, eine Corruption des Textes zu vermuthen: würde es z. B. heissen *ἐπὶ προτέρου συναλλάγματος προσελήφθη, καὶ προσγινομένου δευτέρου συναλλάγματος ἄνωθεν ὁ χρόνος τῆς ἐνοχῆς αὐτῷ τρέχει*, so würde wohl der von Theophilus construirte Fall gemeint sein.) Mit grösserem Rechte führt der jüngere Anonymus als zweiten Fall die mündliche Eingehung der Bürgschaft an, wo deren Erlöschen nach Cod. 8, 40 (41), 27 nach Ablauf von zwei Monaten eintritt. Allein wenigstens Ulpianus, aus dessen Disputationen die l. 29 § 6 D. cit. genommen ist, kann nicht an diese Bestimmung gedacht haben, die ja auf viel jüngeren Edicten der Praefecti Praetorio beruhte.

Das Resultat der vorstehenden Erörterungen ist, dass die Griechen und selbst Theophilus nirgends auf die Existenz der lex Furia de sponsu anspielen, weshalb es vielleicht dahin gestellt bleiben muss, ob die angeführten Stellen der Digesten in der That sich als Spuren einer Berücksichtigung des Bienniums's jener lex erweisen.

V.

Die Klage gegen den Curator.

Die l. 8 C. 2, 18 lautet:

> Adversus eos qui negotia tua gesserunt negotiorum gestorum judicio civiliter consiste: nec tibi oberit, si propter occupationes militares eam litem tardius fuisses exsecutus, cum hoc genus actionis longi temporis praescriptione excludi non possit.

Hier ist das civiliter auffallend. Sollte es ganz überflüssig und mithin bedeutungslos sein? Oder, wenn nicht, was hat es zu bedeuten?

Schon die Glossatoren haben die Schwierigkeit gefühlt. Sie sind aber sehr unglücklich in der Beseitigung derselben. Sie sagen nämlich: civiliter i. e. curialiter. praetoria enim est haec actio(!) . . . vel large accipe civiliter, ut etiam praetorias comprehendat.

Heut zu Tage wird wohl Niemand bezweifeln, dass das civiliter soviel bedeutet als jure civili. Aber was kann und

Digitized by Google

soll mit dieser Hinweisung auf das jus civile gesagt werden? Man wird, glaube ich, wie der Text gegenwärtig lautet, nur an den Gegensatz zum jus honorarium denken können. Es soll nämlich wer in militärischen Angelegenheiten abwesend longo tempore die negotiorum gestorum actio nicht angestellt hat, nicht erst prätorischer Rechtshülfe, nämlich der in integrum restitutio, bedürfen, sondern einfach nach Civilrecht klagen können, da jener Klage eine longi temporis praescriptio nicht entgegenstehe.

Anders interpretirt der Antecessor Thaleläus. Er versteht unter civiliter, welches er mit *πολιτικῶς* übersetzt, die directa actio, *τὴν ὀρθὴν*[1]) *περὶ τῶν διοικούντων ἀλλότρια πράγματα κινουμένην ἀγωγήν*, wie es in dem Index der Stelle heisst, welchen uns die Basiliken XVII, 2, 8 erhalten haben. Aber man wird fragen müssen, wie Thaleläus dazu kommt, in dem civiliter eine Hindeutung auf die directa actio zu suchen und zu finden. Denn von einem Gegensatze zur contraria actio kann nach dem ganzen Zusammenhange nicht die Rede sein: und in dem lateinischen Texte, wie er gegenwärtig lautet, liegt keinerlei Veranlassung, an den Gegensatz einer utilis actio zu denken.

Der Schlüssel zur Lösung dieser Bedenken dürfte in dem schol. 21 zu der angeführten Stelle der Basiliken zu finden sein. Hier wird uns berichtet, dass das Rescript ursprünglich anders gelautet habe und erst von den Redactoren des Codex abgeändert worden sei. Es habe ursprünglich von der Klage gegen einen Curator gehandelt, und dessen Erwähnung sei gestrichen worden, damit nicht die Zulassung der directa negotiorum gestorum actio damit in Widerspruch stehe. Die Griechen lassen nämlich gegen Curatoren eine utilis negotiorum gestorum actio stattfinden. Dass nun aber der angegebene Grund nicht der wahre Grund gewesen sein kann, weshalb die Interpolation erfolgt ist, leuchtet ein — es wäre ja dann viel einfacher gewesen, statt den curator vielmehr die Hindeutung auf die directa actio zu streichen —, sondern das Rescript wird wohl ursprünglich gelautet haben: Adversus

---

[1]) Thaleläus hatte wohl, wie das schol. 21 zeigt, *διρέκταν* geschrieben.


Digitized by Google

curatores qui negotia tua gesserunt, negotiorum gestorum judicio utiliter consiste. Sowie aber das Rescript in den Titel De negotiis gestis aufgenommen werden sollte, durfte es nicht mehr von der Geschäftsführung der Curatoren, sondern nur einfach von der Führung fremder Geschäfte handeln, und deshalb wurden die curatores gestrichen. Nun passte aber auch das utiliter nicht mehr: gegen den curator ging wohl die utilis actio, gegen den einfachen negotiorum gestor aber die directa. So wurde denn das utiliter in civiliter abgeändert. Und für diejenigen, welche diese „Motive der Redactoren“ kannten, lag es nahe, an die directa actio zu denken, wenn auch das civiliter, anders als Thaleläus meint, dies in der That nicht ausdrückte.

Meine Hypothese über die ursprüngliche Fassung des Rescripts erhält eine Bekräftigung durch die Entschiedenheit, mit welcher die griechischen Juristen hervorheben, dass die Klage, welche gegen den curator geht, eine utilis negotiorum gestorum actio sei. Unter den abendländischen Juristen ist bekanntlich streitig, ob die utilis curationis causa actio nicht vielmehr eine utilis tutelae actio sei. Die Griechen aber haben keinen Zweifel, dass nach Justinianischem Rechte die Klage keine andere als die negotiorum gestorum actio und zwar utilis sei. So heisst es im Index der l. 13 in fine D. 27, 3, welcher unter den Scholien von Basil. XXXVIII, 3, 13 erhalten ist: *εἰ δὲ καί τις . . . κουράτωρ ἐδόθη τῷ νεωτέρῳ, ἐνάγεται . . τῇ νεγοτιόρουμ γεστόρουμ, δηλονότι τῇ οὐτιλίᾳ διὰ τὴν κουρατωρείαν.* So bemerkt eine *παραγραφὴ* des Thaleläus zu l. 1 C. 4, 26 oder zum Index dieser Stelle in Bas. XVIII, 2, 13 und zwar zu den Worten „negotiorum gestorum“ *ὁ γὰρ κουράτωρ ταύτῃ τῇ ἀγωγῇ κατέχεται.* (Vergl. mein Supplem. p. 188.) In l. 3 C. 5, 51 ist allerdings für die Klage gegen den curator der Name tutelae judicium gebraucht, Thaleläus bemerkt aber in Bas. XXXVIII, 3, 28 schol. 2, es hätte gesagt werden sollen: negotiorum gestorum. Da jedoch, fährt er fort, in dem entschiedenen Falle der Curand ein impubes war, so ist der Name der Klage abusive gebraucht worden (*κατεχρήσατο*), oder weil manche juris consulti die Meinung hatten, dass der curator eines impubes mit der tutelae actio zu belangen sei; eine Meinung „*ἥτις νῦν*

Digitized by Google

οὐδαμῶς εἴρηται" d. h. welche gegenwärtig (in den Institutionen, Digesten und dem Codex) keineswegs ausgesprochen ist.

Ob die Streitfrage von praktischer Bedeutung ist, d. h. ob für die Klage gegen den curator verschiedene Grundsätze massgebend sind, je nachdem sie eine tutelae oder aber negotiorum gestorum utilis actio ist?

Diese Frage ist den Griechen nicht ganz fremd geblieben. Wenigstens hat es Anonymus-Enantiophanes für erforderlich gehalten hervorzuheben, dass das privilegium exigendi den Curanden auch bei der utilis negotiorum gestorum actio zustehe; man vergleiche das schol. 3 zu Bas. XXXVIII, 3, 13 und das schol. 75 zu Bas. XVII, 1 (Supplem. p. 151). Eine eingehendere Behandlung dieser Frage findet sich aber bei den Griechen ebensowenig, als bei den abendländischen Juristen.

VI.

Die judices pedanei oder *χαμαιδικασταί* und die *θεῖοι δικασταί*.

Vor den magistratus juri dicundo fand das Verfahren in der Regel pro tribunali, oder, wie es auch heisst, ex superiore loco statt. Wichtigere Streitsachen mussten sie selbst erledigen: in geringeren civilrechtlichen Streitigkeiten stand es ihnen frei, Richter, meist aus der Zahl der Advokaten des Gerichts [1]) zur Leitung und Entscheidung des einzelnen Rechtsstreites zu delegiren. Diese cognoscirten nunmehr de plano oder ex aequo loco im Gegensatz zu dem Cognosciren des Magistrats pro tribunali.

Für den judex, dem vom Magistrat die Cognition übertragen wird, finden wir seit dem Anfang des dritten Jahrhunderts den Ausdruck pedaneus judex gebraucht. Man pflegt das Wort pedaneus von pes abzuleiten. So sagt Accursius: Sicut pes est pars inferior corporis, sic et pedaneus judex est inferior aliis! D. Gothofredus: Pedanei judices quasi plano pede aut stantes judicabant! In B. Fabri Thesaurus heisst es: Is magistratus(!) non vehebatur curru, sed pedibus

[1]) Wie dies zuweilen von dem Präses zur Chicanirung der Advocaten missbraucht wurde, erwähnt die *παραγραφή* zu Cod. 2, 7, 6 in Basil. 8, 1, 23.


Digitized by Google

proficiscebatur in forum! Es erinnert lebhaft an das bekannte „Graeca sunt, non leguntur", dass Niemand auf den Gedanken einer griechischen Ableitung gekommen ist. Und doch lag dies so nahe, da es der gräcisirende Ulpian ist, bei welchem der Ausdruck zuerst vorkommt (Dig. 2, 7, 3 § 1, 3, 1, 1 § 6 und 26, 5, 4). *Πεδανὸς* wird nämlich der judex datus genannt, weil vor ihm *ἐν πεδίῳ* d. i. in loco plano s. humili verhandelt wird.

Später wird der Ausdruck *χαμαιδικαστὴς* gebräuchlich, der ganz dieselbe Bedeutung hat und den Gegensatz hervorhebt, der zu dem pro tribunali verfahrenden Magistrat stattfindet.

Χαμαιδικαστὴς wird aber in doppeltem Sinne gebraucht, in einem weiteren oder in einem engeren.

Im weiteren Sinne bezeichnet das Wort alle Arten von Richtern, die ohne ein Tribunal zu haben verhandeln und entscheiden. In diesem Sinne sagt eine *παραγραφὴ* zum *κατὰ πόδας* der l. 29 C. de pactis 2, 3 (zu Basil. 11, 1, 90 to. I. p. 664): *ὅτι χαμαιδικασταί εἰσιν ἢ οἱ παρὰ ἄρχοντος δοθέντες κομπρομισσάριοι ἢ οἱ μετὰ προστίμου ἐπιλεγέντες αἱρετοὶ ἢ οἱ χωρὶς προστίμου.* (Freilich scheint hier Thaleläus die Worte et ad pedaneos judices et ad compromissarios et arbitros electos im Texte der Constitution nicht ganz richtig verstanden zu haben. Richtiger unterscheidet ebenda der Scholastikus Theodorus: *Κομπρομισσάριος ἢ αἱρετὸς ἢ διαιτητής*, wo unter Letzterem der *χαμαιδικαστὴς* zu verstehen ist.)

In einem engeren Sinne — und in diesem wird es gewöhnlicher gebraucht — bedeutet *χαμαιδικαστὴς* den judex datus. So ist in der Summa des Anonymus in l. 28 D. 42, 1 „judices dati" einfach mit *χαμαιδικασταὶ* übersetzt (Basil. 9, 3, 28. Vergl. auch das Scholium des Enantiophanes to. I. p. 252). Ebenso übersetzt das *κατὰ πόδας* von l. 3 C. 2, 46 „pedaneos judices" mit *χαμαιδικασταί*[1]). Am bestimmtesten sagt der jüngere Anonymus zu Dig. 3, 1, 1 § 6: *Χαμαιδικασταί εἰσιν οἱ δατῖβοι, ὧν μέμνηται ὁ γ' τί. τοῦ γ' βι. τοῦ κώδ.*,

[1]) Vergl. auch die Paraphrase der Institutionen von Theophilus 4, 15 pr. Wenn in dem Index der l. 7 C. 3, 12 (Basil. 7, 17, 23) *παρὰ τοῖς ἄρχουσιν ἢ χαμαιδικασταῖς ἢ παρ' ἑτέροις δικασταῖς* für apud ipsos arbitros vel a judicibus flagitatos vel sponte delectos steht, so liegt hier irgend ein Verderbniss vor.


Digitized by Google

καὶ οἱ θεῖοι δικασταὶ τῆς βασιλίδος κωνσταντινουπόλεως, περὶ δικαστῶν ος' νεαρά[1]). Denn allerdings sind auch die *θεῖοι δικασταὶ* insofern *χαμαιδικασταί*, als sie kein tribunal haben und grundsätzlich nur zu richten befugt waren, wenn ihnen entweder der Kaiser oder Einer der hohen Magistrate in der Hauptstadt die Entscheidung einer Civilstreitsache übertragen hatte. Sie unterschieden sich aber von anderen pedanei judices dadurch, dass sie fest und mit Gehalt in bestimmter Anzahl angestellt waren, ja ihre besonderen Gerichtsräume, Schreiber und Boten hatten. (Vielleicht auch dadurch, dass sie in Bagatellsachen — *τῶν ἐπὶ χρήμασι δικῶν* Lyd. 3, 65 — selbständig Jurisdiction hatten. Vergl. meine Gesch. des griech. röm. Rechts 2. Aufl. S. 334. Indem Thaleläus zu Cod. 2, 12, 27 (Bas. I. p. 418) bemerkt: „*σημείωσαι δὲ ἐκ τῶν προοιμίων τῆς διατάξεως, ὅτι εἰσαγωγίμους δίκας ἐκείνας μόνας καλεῖ πανταχοῦ τὰς παρὰ ἄρχουσιν εἰσαγομένας, οὐ μὴν τὰς παρὰ διαιτηταῖς πραττομένας*“ scheint er anzudeuten, dass manche Processe unmittelbar bei den *διαιτηταὶ* — den nachherigen *θεῖοι δικασταὶ* — angebracht werden konnten. Vergl. auch Leist, graeco-ital. Rechtsgesch. S. 292.).

Zum Schlusse mag noch einer Grabschrift gedacht werden (— der Stein ist in Megara gefunden worden und soll jetzt in Athen sein —) welche in dem Bulletin de corresp. hellén. de l' école franç. d' Athènes 1878 p. 167 und in den Comptes rendus de l' Académie des inscript. 1867 p. 248 gedruckt ist. Sie lautet mit den in Parenthese gesetzten Ergänzungen:

Κυμητίριον[2]) *διαφέρον λουκᾷ*
καὶ κυριακῇ ἀθηναίοις τοῖς ὑπὸ
παύλου τοῦ τὴν λογίαν μνήμ[ην]
σχο[λαστικοῦ][3]) *καὶ θείου δικαστοῦ γεν[ο]*
μένου κτλ.

Es kann dahin gestellt bleiben, was das *ὑπὸ* bedeutet, ob es soviel heissen soll als errichtet von Paulus, oder ob es die Zeit der Errichtung bezeichnen soll. Im ersteren Falle

---

[1]) Nov. CII (82).

[2]) Statt *κοιμητήριον*.

[3]) So ist richtig ergänzt: *σχό[ντος]* ist schlechterdings zu verwerfen, es ist aber anzunehmen, dass *σχολαστικοῦ* abgekürzt war, damit nicht zu viel Buchstaben auf die Zeile kommen.

Digitized by Google

würde die Angabe, dass das Grabmal von dem verstorbenen Paulus errichtet sei, auffallend sein, indem dann die Inschrift von einem Dritten herrühren müsste: im anderen Falle wäre es im Hinblick auf die Zeitbestimmung nach Consuln oder Archonten unbegreiflich, wie zwischen dem *ὑπὸ παύλου θείου δικαστοῦ γενομένου* noch *τοῦ τὴν λογ. μνήμ. σχολαστικοῦ* hätte eingeschoben werden können. Man ist daher versucht an eine andre Lesung oder Deutung des *ὑπὸ* zu denken: entweder einfach *τοῖς ὑπὸ παύλου* d. i. den Untergebenen des Paulus, oder *τοῖς ὑπο[τελέσι] τοῦ παύλου* d. i. den Zinspflichtigen des Paulus. Wie dem auch sei, für den gegenwärtigen Zweck genügt es, das Vorkommen eines *θεῖος δικαστὴς* in der Provinz zu constatiren. Wie ist dies zu erklären? Ist Paulus *θεῖος δικαστὴς* in Konstantinopel gewesen? und hat er sich vielleicht später zur Ruhe gesetzt und seinen Wohnsitz in Megara oder Athen genommen? oder hat er nur dort eine Besitzung gehabt? oder ist das Institut der *θεῖοι δικασταὶ* auch auf die Provinzen ausgedehnt worden? oder ist *θεῖος δικαστὴς* als blosser Titel auch an Provinciale verliehen worden? Ich kann nur auf diese Möglichkeit verschiedener Erklärungen hinweisen: eine auch nur einigermasen wahrscheinliche Antwort auf die aufgeworfenen Fragen vermag ich nicht zu geben. Nur darauf mag noch aufmerksam gemacht werden, dass wenn auch das Institut der *θεῖοι δικασταὶ* in der Hauptstadt fortgedauert hat, doch der Name *θεῖος δικαστὴς* seit der zweiten Hälfte des siebenten Jahrhunderts nicht mehr vorkommt, das Grabmal des Lukas also älter sein muss.

VII.

Actio aedium incensarum.

Wo die c. 2 Cod. 3, 35 von der gegen den Brandstifter anzustellenden legis Aquiliae actio handelt, bemerkt der Antecessor Thaleläus (Basil. ed. Heimbach V p. 323): *κατὰ δὲ τοῦ ἐμπρήσαντος οἶκον κινεῖται καὶ ἄλλη ἀγωγὴ λεγομένη ἀεδίουμ ἰγκενσάρουμ.* Und diese Klage scheint Ulpian im Auge gehabt zu haben, indem er in Dig. 2, 14, 7 § 13 sagt: Si paciscar ne .... incensarum aedium agatur, hoc pactum valet. Wenigstens ist die Stelle in diesem Sinne von den Justinianischen Juristen aufgefasst worden. Denn der

Digitized by Google

griechische Index (des Antecessor Theophilus, wie es scheint) übersetzt in Bas. ed. Heimb. I p. 572 *ἐάν τις . . πακτεύσῃ . . . . οὐ κινῶ κατά σου τὴν αἐδιουμ ἰγκενσάρουμ, ἥτις δίκη κατὰ τοῦ καύσαντος οὐ κατὰ δόλον ἀλλὰ κατὰ ῥαθυμίαν τὴν οἰκίαν τινὸς κινεῖται, ἰσχύει τὸ πάκτον.* Und der kürzere Index des Antecessor Cyrillus sagt ebenda: *Δύναμαι πακτεύειν μὴ κινεῖν . . . τὴν αἐδιουμ ἰγκενσάρουμ.*

Von allen diesen Stellen ist diejenige aus dem Index des Theophilus die wichtigste: wir erhalten durch sie einen Fingerzeig für die Erklärung der actio incensarum aedium. Theophilus nämlich, der, wie Ferrini neuerlich nachgewiesen hat, vielfach des Gajus Commentar zu den XII Tafeln benutzt, scheint auch hier dieser Quelle zu folgen. Und zwar der Stelle aus dem vierten Buche, welche in Dig. 47, 9, 9 erhalten ist. Hier heisst es: Qui aedes ... combusserit ... si casu id est neglegentia, aut noxiam sarcire jubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur: appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur. Uebrigens hat vielleicht auch Callistratus unsere actio vor Augen gehabt, indem er Dig. 48, 19, 28 § 12 schreibt: fortuita incendia, si, cum vitari possent, per neglegentiam eorum apud quos orta sunt damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur, ut qui jactura adfectus est damni disceptet, vel modice vindicaretur (vindicantur?). Beide Stellen beziehen sich übrigens, wie es scheint, auf eine Bestimmung der XII Tafeln. Wie Gajus und Callistratus dieselbe auch nach Verallgemeinerung der Schädenklage aus der lex Aquilia für praktisch gehalten haben, so sind auch die Justinianischen Juristen, durch die Aufnahme der gedachten Stellen in die Digesten zu der Annahme geführt worden, dass die actio aedium incensarum als eine von der Aquilischen Klage verschiedene Klage annoch anwendbar sei.

VIII.

Die legis Aquiliae utilis und die in factum actio.

Die lex Aquilia hatte auf das Leugnen die Strafe des Doppelten des ermittelten Werthes gesetzt. Demgemäss gab es für die directa s. vulgaris legis Aquiliae actio eine doppelte Formula, die Eine adversus confitentem, die Andere adversus

Digitized by Google

infitiantem. Der Prätor gab aber auch eine utilis oder in factum actio in Fällen eines damnum injuria datum, über welche die lex Aquilia keine Bestimmung enthielt. Hier drängt sich nun die Frage auf, ob der Prätor auch für die utilis[1]) oder in factum actio eine doppelte Formula (entweder auf das simplum oder aber das duplum) gab, je nachdem sie gegen den Geständigen oder gegen den Leugner angestellt wurde.

Eine Antwort auf diese Frage findet sich in den Bruchstücken aus den Schriften der klassischen Juristen nirgends ausgesprochen. Sind wir somit auf Vermuthungen angewiesen, so wird zu erwägen sein, dass die Anwendung der Regel „lis infitiando crescit in duplum“ auf das damnum corpore corpori injuria datum durch die lex Aquilia eine ganz singuläre Bestimmung ist, zu deren Ausdehnung auf andre Fälle des damnum injuria datum für den Prätor keine Veranlassung vorlag. Wo er es für zweckmässig hielt Strafe zu verhängen, da gab er von vornherein (ohne Unterscheidung zwischen Leugnenden und Geständigen) eine Klage auf ein Mehrfaches, so z. B. in dem Edict De his qui effuderint vel dejecerint oder De servo corrupto. Wenn für solchen Fall besonders hervorgehoben wird: „nec adicitur culpae mentio vel infitiationis ut in duplum detur actio, quamvis damni injuriae utrumque exigit“ (Dig. 9, 3, 1 § 4), so ist damit noch nicht gesagt, dass auch bei den analogen Anwendungen der lex Aquilia Beides verlangt werde, sondern es ist bei der Klage damni injuriae zunächst an die vulgaris legis Aquiliae actio zu denken. Ja, wenn die Strafe des Leugnens auch bei der utilis oder in factum actio Platz griffe, so liesse sich wohl die Frage aufwerfen, warum der Prätor gegen die, welche effuderint vel dejecerint oder einen Sklaven corrumpirt haben, noch besondere Klagen proponirt, und sich nicht mit einer in factum actio begnügt habe. Alle diese Erwägungen lassen es als wahrscheinlich erscheinen, dass der Prätor für die utilis legis Aquiliae oder in factum actio eine doppelte Formula, je nachdem der Beklagte leugnet oder geständig ist, nicht gegeben hat.

[1]) Für die utilis actio in diesem Sinne, d. h. im Sinne des § 16 Inst. 4, 3. Nur von dieser ist im Folgenden die Rede.


Digitized by Google

Das Gegentheil freilich scheint auf den ersten Blick aus l. 5 C. 3, 35 — einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian vom J. 293 — hervorzugehen. Dieses Rescript lautet nämlich im Justinianischen Codex also:

> De pecoribus tuis, quae per injuriam inclusa fame necata sunt vel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes.

Es kann hienach allerdings nicht zweifelhaft sein, dass im Sinne der Verfasser des Codex auch die nach Analogie der lex Aquilia gebildete utilis oder in factum actio — denn eine solche findet nach § 16 I. 4, 3. l. 2 § 20 D. 47, 8 oder nach l. 29 § 7 D. 9, 2 in dem angegebenen Falle statt[1]) — in duplum gehen sollte. Allein ich glaube behaupten zu müssen, dass wir es hier mit einer Interpolation des ursprünglichen Rescripts zu thun haben. Wie in l. 46 D. 3, 5 dem Paulus durch eine Interpolation die Bemerkung in den Mund gelegt worden ist: „nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est, maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est eundemque habet effectum", — so ist auch in unserer Stelle consequenter Weise eine Interpolation vorgenommen worden, welche jeden Unterschied zwischen den aus dem damnum injuria datum entspringenden Klagen zu verwischen bestimmt ist. Dies ist indessen nicht ganz geschickt geschehen, wodurch sich eben die Interpolation verräth. Verdächtig ist schon das vel interfecta: ist es denkbar, dass in dem den Kaisern zur Entscheidung vorgelegten Falle gesagt worden sein sollte, die widerrechtlich eingeschlossenen Thiere seien Hungers gestorben oder aber (von dem Thäter) getödtet worden? Sodann ist es denkbar, dass die Kaiser einfach die legis Aquiliae actio als in dem angegebenen Falle statthaft bezeichnet haben sollten, wo doch nach damaligem Rechte entschieden nur eine utilis oder in factum actio statthatte? Endlich ist es nicht auffallend, dass das Rescript in seiner jetzigen Fassung die Klage schlechtweg auf ein duplum giebt,

[1]) Nach Basil. 60, 3, 29 schol. 6 ein *οὔτιλις ἀκουΐλιος*.

Digitized by Google

ohne auch nur entfernt anzudeuten, dass das Leugnen des Beklagten vorausgesetzt ist oder wird?

Sehr lehrreich für die richtige Würdigung der l. 5 C. cit. ist der Index des Thaleläus zu dieser Stelle, welcher in den Basil. 60, 3, 62 erhalten ist. Er lautet daselbst:

Ὁ θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῷ διαφθείρας κατέχεται τῷ ἀκουιλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ. καὶ σημείωσαι ὅτι καὶ ὁ ὡρισμένος ἀκουίλιος τῶν διπλασιαζομένων ἐστί· πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντίᾳ δόξῃ κεκράτηνται, τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες.

Man bemerkt hier zuvörderst, wie Thaleläus Mängel des interpolirten Textes durch Interpretation zu beseitigen bestrebt ist: das vel interfecta übergeht er, dem in duplum fügt er ein *ἐξ ἀρνήσεως* hinzu, die actio legis Aquiliae lässt er nur als utilis [1]) zu. Sodann aber, und das ist besonders bemerkenswerth, fügt er eine historische Notiz über abweichende Meinungen bei. Thaleläus liebt es, wo er von den Meinungen seiner Vorgänger, der Commentatoren der drei älteren Constitutionencodices, abweicht, dies hervorzuheben und seine eigene Meinung zu begründen. So erwähnt er z. B. bei Cod. 2, 4, 10 in Basil. ed. Heimbach I p. 698, dass ältere Rechtslehrer (*οἱ τῆς οἰκουμένης διδάσκαλοι*) anders interpretirt hätten, weil sie eine zu ihrer Zeit noch nicht erlassene Verordnung nicht gekannt hätten (*οὐκ εἰδότες*). Ganz in derselben Weise spricht er in unserer Stelle von vielen (älteren) Rechtslehrern, dass sie von entgegengesetzter Meinung beherrscht seien, weil sie *τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως*, — nicht die Verordnung selbst, sondern einen in der Fassung, die sie im Justinianischen Codex erhalten, in derselben enthaltenen Satz — nicht gekannt hätten (*ἀγνοοῦντες*). Es beweist diese Bemerkung also gradezu die von mir vermuthete Interpolation.

Dass übrigens, wie erwähnt, in der l. 5 C. cit. die in factum actio legi Aquiliae accommodata auf das Doppelte ge-

---

[1]) Das *ὡρισμένος* braucht Thaleläus nicht selten für *οὐτιλις*. Vergl. z. B. seinen Commentar zu Cod. 2, 20, 8. 26, 1. 50, 1. 2. 3. — Basil. 9, 8, 1 pr. steht *ἀγωγὴν οὐτιλίαν*, wo die Ecloga lib. I—X Bas. (der sog. Theodorus Hermopolita) *ὡρισμένην* liest.

Digitized by Google

geben wird, ohne dass ein Unterschied zwischen dem leugnenden und dem geständigen Beklagten hervorgehoben wird, ist möglicher Weise[1]) die Veranlassung zu einem höchst sonderbaren *ἐξελληνισμὸς* im Texte der Basiliken geworden. Hier wird nämlich durchweg für in factum actio gesagt *ἡ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα ἀγωγὴ* oder *ἡ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις*. Die um die Mitte des elften Jahrhunderts neu gegründete Konstantinopler Rechtsschule hat sich freilich dadurch nicht irre machen lassen, sondern hat ihre Doctrin auf die *Παλαιοὶ* gestützt und lässt daher die in factum actio nicht ohne Weiteres auf das duplum gehen[2]). Aber auch damals hat es Meinungsverschiedenheiten gegeben. Es sagt z. B. der erstgenannte Lehrer an jener Rechtsschule, der *νομοφύλαξ Ἰωάννης* (mit dem Beinamen *Ξιφιλῖνος*, seit 1064 Patriarch) „*ἄλλως καταδικάζεται τῷ ἀκουϊλίῳ τὶς ὡς φονεύσας καὶ ἄλλως ὡς τραυματίσας· ἐκ μὲν γὰρ τοῦ προτέρου εἰς ὁλόκληρον καὶ τὴν ποινὴν, ἐκ δὲ τοῦ δευτέρου εἰς τὴν ἀπόφλησιν τῆς ἐκ τοῦ τραύματος ζημίας*“, er scheint also sogar anzunehmen, dass die Strafe des Leugnens nur bei der Klage aus dem ersten Kapitel der lex Aquilia stattfinde. (Basil. 60, 3, 15 schol. 8. Allerdings ist nur für diese die Strafe ausdrücklich bezeugt in l. 1 pr. D. 9, 2.) Ein anderer Scholiast lässt die Strafe wenigstens bei der in factum actio ausgeschlossen sein (Bas. 60, 3, 2 schol. 5: *ἴμφακτούμ ἐστιν ἡ τὸ ἀκαινοτόμητον ποιοῦσα, οὐ μὴν ποιναλίζουσα*), weshalb dieselbe auch mehrmals einfach als *ἡ τὸ ἀζήμιον περιποιοῦσα* bezeichnet wird (Bas. 60, 3, 27 schol. 54. ibid. 30 schol. 13). Dagegen sagt ein anderer Scholiast (wahrscheinlich Hagiotheodoritus, ein Nachfolger des Joannes); *ἴσθι, ὅτι καὶ ἡ περὶ τῆς γενομένης ζημίας ἀγωγὴ*[3]) *καὶ ὁ ἀπὸ σώματος εἰς σῶμα ἀκουΐλιος ἐξ ἀρνήσεως ἀμφότερα τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσιν* (Bas. 60, 3, 9 schol. 3).

---

[1]) Indessen schon die Ecloga 17, 8 — und aus ihr das Prochiron 39, 51 und die Epanagoge 40, 77 — sagt unterschiedslos: *Ὁ ἀποκλείσας ἀλλότρια θρέμματα καὶ λιμῷ διαφθείρας εἰς τὸ διπλάσιον καταδικάζεται.* Vergl. auch Ecloga 17, 40 und die leges rust. 5, 3.

[2]) Vergl. besonders auch Bas. ed. Heimb. V p. 230 schol. 10, welches von dem *σφάλμα τοῦ ἐξελληνιστοῦ* spricht.

[3]) So ist offenbar statt des sinnlosen *ἀπὸ διαθέτου* zu lesen.

Digitized by Google

Ich schliesse mit der Bemerkung, dass die Griechen Schwierigkeiten gefunden haben, die utilis und die in factum actio aus einander zu halten. In der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts will Anonymus, der Verfasser von Anmerkungen zu einer älteren (in den Quellen auch einem Anonymus zugeschriebenen) Summa der Digesten, beide Klagen als identisch betrachten, er sagt regelmässig *ὁ οὐτίλιος ἀκουΐλιος ἤτοι* oder *ἤγουν ἡ ἰμφακτουμ*[1]). Anders dagegen Hagiotheodoritus im zwölften Jahrhundert: er giebt sich vielmehr bei Basil. 60, 3, 27 schol. 65 die grösste Mühe, den Unterschied zwischen denselben nachzuweisen. Bekanntlich haben auch die abendländischen Juristen nicht vermocht volle Klarheit über diese Frage zu gewinnen!

IX.

De rebus minorum sine decreto non alienandis.

Der Antecessor Thaleläus sagt bei Gelegenheit einer an ihn gerichteten Frage (Basil. Supplem. p. 163 schol. 44):

> *ἐν τοῖς χρόνοις διοκλητιανοῦ . . . χωρὶς κτημάτων καὶ προαστείων καὶ τῶν ἐν τοῖς κτήμασι γεωργῶν οἰκετῶν καὶ τὰ ἄλλα πράγματα τῶν νέων καλῶς ἐπώλουν οἱ κουράτωρες. σήμερον γὰρ ἀπὸ νεαρᾶς διατάξεως κειμένης ἐν τῷ ε' βι. τούτου τοῦ κώδ. τί. οβ' οὐδὲ ἓν πρᾶγμα τοῦ νεωτέρου δύναται πωλεῖν κουράτωρ δεκρέτου χωρίς.*

Diese Antwort giebt zu mancherlei Bemerkungen Anlass.

Zuvörderst muss wohl statt *οἰκετῶν καὶ* gelesen werden *καὶ οἰκετῶν*. Denn *καὶ τὰ ἄλλα πρ.*, d. i. auch die anderen Sachen, hat keinen Sinn. Wohl aber bedurfte das *γεωργῶν* einer Einschränkung durch den Zusatz *καὶ οἰκετῶν*, um die familia rustica zu bezeichnen, da andere agricolae auf den Grundstücken überhaupt nicht, also selbst nicht mit obrigkeitlicher Zustimmung, vom Curator veräussert werden konnten. Will man aber *γεωργῶν οἰκετῶν* unberührt lassen als Uebersetzung der mancipia rustica in Cod. 5, 37, 22, so muss man das *καὶ*

[1]) So sagt auch das *κατὰ πόδας* von Cod. 4, 32, 19 *ἰμφακτουμ ἀγωγὴ* für die actio utilis des Textes.


Digitized by Google

streichen. (Das Zwischenschieben eines völlig unmotivirten καὶ ist mir z. B. auch in der Venetianer Novellenhandschrift mehrfach begegnet: es steht da grade so, wie wenn Jemand seine Rede an gewissen Stellen mit einem „hm“ oder kurzem Hüsteln unterbricht.)

Dass zu Diocletians Zeiten auch die mancipia rustica nicht ohne Decret veräussert werden konnten, mag Thaleläus mit Recht behaupten. Zwar finden wir in den uns erhaltenen Quellen nirgends einen directen Beweis dafür. Aber bekannt ist, dass die oratio D. Severi, welche ursprünglich nur für das Jurisdictionsgebiet des Praetor urbanus Geltung hatte, alsbald in ausgedehnterer Weise zur Anwendung gekommen ist, und wenigstens Constantin's Verordnung vom J. 326 in Cod. 5, 37, 22 setzt voraus, dass damals was für die praedia rustica bestimmt war, auch auf die mancipia rustica zu beziehen sei. (Wahrscheinlich erfolgte diese erweiterte Anwendung der oratio D. Severi gleichzeitig mit dem Aufkommen der Ansicht, dass die im Census bei einem Grundstück eingetragenen adscriptitii untrennbar an dasselbe geknüpft seien. Vergl. meine Gesch. des griech. röm. Rechts 2. Aufl. S. 230.)

Dagegen erregt die Angabe Bedenken, dass der Curator ohne Decret keinerlei Sache des Curanden veräussern dürfe *ἀπὸ νεαρᾶς διατάξεως κειμένης ἐν τῷ ε′ βι. τοῦ κώδ. τί. οβ′.* Es fragt sich nämlich, welche *νεαρὰ διάταξις* Thaleläus gemeint habe. Wollte man darunter eine posttheodosische Novelle oder gar eine Verordnung Justinians verstehen, so würde man in dem angeführten Titel vergeblich danach suchen, da der Titel 72 in Cod. lib. V überhaupt keine Verordnung jünger als Constantin enthält. Man müsste also annehmen, dass am Schlusse des Titels eine jüngere Verordnung des angegebenen Inhalts ausgefallen und zu restituiren sei. Davon aber findet sich in den Handschriften und in den Basiliken und deren Scholien nicht das geringste Anzeichen. So werden wir darauf geführt, dass Thaleläus die l. 4 des angeführten Titels gemeint hat. Indem hier den Tutoren und Curatoren die Veräusserung von vestes detritae und supervacua animalia auch ohne Decret ausnahmsweise gestattet wird, ist als Regel vorausgesetzt dass sie zur Veräusserung aller anderen Sachen der Genehmigung der Obrigkeit bedürfen. Dass Thale-

Digitized by Google

läus die Constitution so verstanden hat, ergiebt sich deutlich aus seinem Index der l. 22 C. 5, 37 (aus deren Schluss die l. 4 cit. entnommen ist): denn dort (Basil. III p. 760) heisst es nicht blos im Eingang „*πάντα χρὴ φυλάττεσθαι παρὰ τῶν κηδεμόνων τῇ τῶν ἀνήβων περιουσίᾳ*“, sondern der Schlusssatz der Verordnung wird auch so wiedergegeben: *μηδεὶς οὖν τῶν κηδεμόνων ἐκποιείτω πράγματα ἀφηλίκων δίχα ἀποφάσεως κριτοῦ, ὑπεξῃρημένης ἐσθῆτος παλαιᾶς καὶ φυλαχθῆναι μὴ δυναμένης καὶ ζώων περιττῶν τῇ χρείᾳ τοῦ ὀρφανοῦ*. Dass Thaleläus die in Rede stehende Verordnung Constantins *νεαρὰ διάταξις* nennt, darf nicht Wunder nehmen. Ihm gelten alle Verordnungen seit Constantin als *νεαραὶ διατάξεις*, mit welchen das Constitutionenrecht beginnt, während er die Rescripte der Hermogenianischen und Gregorianischen Sammlung noch zum Juristenrechte zu rechnen scheint.

Fragt man, ob sich die Interpretation des Thaleläus von der Auffassung der abendländischen Juristen unterscheidet, so dürfte die Antwort dahin zu geben sein, dass Thaleläus von der Regel wohl auch noch andere als die angeführten Ausnahmen statuirt haben wird, so dass sachlich ein Unterschied kaum stattfindet.

X.

Execution und Gant.

Das ältere römische Recht kennt zwei Hauptarten des Vollstreckungs- und Gantverfahrens.

Nach Civilrecht erfolgt die Execution durch Inhaftnahme des Schuldners: wurden dann der oder die Gläubiger innerhalb 60 Tagen nicht befriedigt, so konnten sie den Schuldner tödten und partes secare oder in die Fremde als Sklaven verkaufen und den Preis unter sich theilen. Seit der Mitte des 5. Jahrhunderts der Stadt werden das eigenmächtige Verhaften, sowie Tödtung und Verkauf beseitigt: die Gläubiger haben sich durch den Prätor den Schuldner in ihre Privathaft und zur Arbeit behufs Abverdienung der Schuld addiciren zu lassen.

Nach prätorischem Recht erfolgt die Execution durch missio in das Vermögen des Schuldners, auf welche, wenn die

Digitized by Google

Gläubiger nicht mittlerweile befriedigt wurden, nach Ablauf gewisser Fristen (zweimal 30 Tagen) der Verkauf des Vermögens als eines Ganzen durch einen erwählten magister stattfand.

Die Execution gegen die Person konnte der Schuldner nicht blos durch sofortige Befriedigung der Gläubiger oder Abschluss eines Accords mit denselben von sich abwenden, sondern auch dadurch, dass er bonam copiam jurabat d. i. seine Solvenz eidlich erhärtete. In diesem Falle mussten sich die Gläubiger bequemen, die missio in bona zu beantragen. Eine lex Julia gab dem Schuldner die Befugniss, sich von dem Eintritt der Schuldhaft auch durch cessio bonorum zu befreien, wodurch ohne Weiteres dieselbe Lage entstand, als ob den Gläubigern auf ihren Antrag eine missio rei servandae causa ertheilt worden wäre, so dass nunmehr die proscriptio und seiner Zeit die venditio bonorum vorzunehmen war.

Eine doppelte Art des Vollstreckungs- und Gantverfahrens hat auch noch zu Justinian's Zeiten stattgefunden, jedoch in wesentlich verschiedener Gestalt.

Was zuvörderst die Schuldhaft betrifft, welche ehemals in privati carceres mit Zwang zur Arbeit abgebüsst wurde, so findet jetzt ein Arrest des Schuldners nur im öffentlichen Gefängnisse und nur auf kurze Zeit statt. Cod. 9, 4, 6. 5, 2. *Αἱ ῥοπαί* 11, 5. Abwenden kann der Schuldner die Personalhaft nicht blos durch cessio bonorum, sondern auch indem er in eine Kirche flüchtet und sich das Asylrecht derselben zu Nutze macht. Cod. 1, 12, 6 sqq. Ob auch noch Nov. CLXVII (135) dem Schuldner eine Möglichkeit gewährt, die Schuldhaft von sich abzuwenden, hängt davon ab, wie man diese schlecht stylisirte Novelle, deren Text noch dazu in den Handschriften nur verderbt[1]) erhalten ist, verstehen zu müssen glaubt. Selbst die griechischen Juristen damaliger Zeit scheinen über die richtige Auslegung zweifelhaft gewesen zu sein. Athanasius XVI, 4 lässt durch dieselbe die cessio bonorum aufgehoben werden, und an deren Stelle dem Schuldner ge-

[1]) Die in meiner Novellenausgabe not. 8 versuchte Emendation befriedigt mich nicht mehr, zumal immer noch eine Lücke fortbestehen würde. Ich schlage jetzt vor zu lesen: *ὡς . . . ὑπομένων . . . ἐπὶ ὕβρει καὶ μόνῃ (οὐ γὰρ . . . πέπονθε περσεκουτίονα) ἠναγκάσθη ἐπιδίδοσθαι κτλ.*



stattet sein, zu beschwören, dass er weder Geld noch Sachen zur Bezahlung der Gläubiger besitze[1]). Theodorus (Nov. 135) versteht die Novelle so, dass sie nur verbiete den Schuldner zur cessio bonorum zu zwingen, vielmehr demselben das Recht gebe zu beschwören, dass er nichts besitze, worauf er sofort freigelassen werden müsse. Dagegen möchte ich der Meinung sein, dass hier von einer cessio bonorum überhaupt nicht die Rede ist. Denn wie könnte sonst Justinian sagen, dass der Schuldner dadurch der täglichen Nahrung und des Obdachs beraubt werden, und bis zu seinem Tode anrüchig bleiben (τῷ τῆς ἀσχημοσύνης πιέζεσθαι ὀνειδισμῷ) würde, was ja grade durch die cessio bonorum vermieden wird? Meiner Meinung nach, die freilich durch die Summen der griechischen Juristen nicht unterstützt wird, handelt es sich in der Novelle nicht um die Beitreibung von Geldforderungen im Allgemeinen, sondern speciell um χρήματα δημόσιά τε και ἰδιωτικὰ d. i. um Geldabgaben an den Fiscus und an die res privata des Kaisers. Für solche Forderungen fand das gewöhnliche Vollstreckungsverfahren nicht statt[2]), und mithin würde die Nov. CLXVII (135) für dieses überall nicht in Betracht kommen.

Was die Realexecution betrifft, so ist die auf die missio folgende bonorum venditio im Justinianischen Rechte nicht mehr praktisch, wie dies Justinian selbst in den Inst. 3, 12 erklärt und die griechische Paraphrase ausführlicher erläutert. Die Institutionen bringen dies mit dem Untergang des ordo judiciorum privatorum in Zusammenhang, vielleicht weil extra ordinem jetzt einzelne Vermögensstücke, soweit dies zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, per apparitores Praetoris (Dig. 21, 2, 49) verkauft werden. Das Justinianische Recht kennt nur noch das durch missio entstehende praetorium pignus (Cod. 8, 22), welches eben zur Veräusserung einzelner Vermögensstücke jure creditorum oder pignoris (Dig. 19, 1, 11 § 6. Cod. 8, 45, 1. 2 — δανειστικῷ δικαίῳ[3]) Basil. XXV, 7, 63. 64 —) führen kann.

[1]) An ein bonam copiam ejurare, wie Heraldus will, kann doch unmöglich gedacht werden.

[2]) Vergl. Cod. 10, 19, 2. Nov. CXLII.

[3]) D. i. μὴ κατὰ δεφενσίονα, wie der Scholiast bei Bas. XXI, 3, 10 sagt.


Digitized by Google

Auf den Gegensatz der alten bonorum venditio und der venditio jure creditorum s. pignoris verweist auch der griechische Jurist, dessen Bemerkungen zum Index von Cod. 2, 11, 11 in Bas. XXI, 3, 10 erhalten sind. Diese Stelle lautet wie folgt: *Ὁ ἐκστάσει χρησάμενος, εἰ καὶ διάπρασις μετὰ τὴν ἔκστασιν ἐπακολουθήσει, οὐκ ἀτιμοῦται. οἶδας γὰρ ὅτι ὑπεξεῖλεν ὁ πραίτωρ τὴν ἀτιμίαν τὴν ἐκ τῆς διαπράσεως τοὺς ἐκστάσει χρησαμένους κατὰ τὸν νόμον τὸν Ἰούλιον. οἱ δὲ νομικοὶ διὰ τῆς ἑρμηνείας ὑπεξεῖλον καὶ τοὺς κατὰ τὸν Ἀδριανοῦ τὴν ἔκστασιν αἰτήσαντας. νόει δὲ τὸ πραθῆναι τὰ πράγματα τῶν ἐκστασίμων μὴ κατὰ τὸ παλαιὸν σχῆμα τῶν διαπράσεων, ἀλλ' ὅτι οἱ δανεισταὶ αἰτήσαντες ἐν νομῇ γενέσθαι τῶν πραγμάτων τοῦ ποιήσαντος τὴν ἔκστασιν δανειστῶν δικαίῳ ταῦτα πεπράκασιν.*

Besonders interessant ist, was in dieser Stelle über den Inhalt der lex Iulia und des prätorischen Edicts aus nicht nachweisbarer, aber wohl guter Quelle berichtet wird. Etwas abweichend bemerkt ein anderer Scholiast zu dieser Stelle: *Ὁ Ἰούλιος νόμος παρακελεύει τοῖς χρεώσταις εἰ ἀποροῦσιν ἐξίστασθαι· ὁ δὲ Ἀδριάνειος προστάττει τοῖς δανεισταῖς ἀπορούντων τῶν χρεωστῶν αἰτεῖν ἐν νομῇ γενέσθαι τῶν πραγμάτων αὐτῶν, μὴ μέντοι ἀτίμους εἶναι τοὺς χρεώστας ἐκ τοῦ αἰτῆσαι*[1]) *τὴν ἔκστασιν.* Indessen es ist dieses Scholium wohl ein neueres aus dem Ende des XI. Jahrhunderts und kann deshalb eine besondere Bedeutung für Geschichte und Inhalt der angeführten Rechtsquellen nicht in Anspruch nehmen. Dagegen dürfte ein grosses Gewicht auf die Nachrichten des alten Juristen zu legen sein.

Zum Verständniss derselben sei bemerkt, dass der *νόμος Ἀδριανοῦ* nichts Anderes ist, als das von Hadrian bestätigte Edictum perpetuum. Was aber unter dem *ἔκστασιν αἰτεῖν* zu verstehen ist, ergiebt der Gegensatz zu dem *ἐκστάσει χρήσασθαι.* Dieses besteht in einer Handlung des zahlungsunfähigen Schuldners, Jenes in einer Handlung der Gläubiger: Dieses in der freiwilligen Güterabtretung, Jenes in dem Antrag auf Einweisung in den Besitz der Güter des Gantschuldners.

---

[1]) Es ist *τοὺς δανειστὰς* zu suppliren, wenn nicht vielleicht *αἰτεῖσθαι* zu lesen ist.


Digitized by Google

Wir lernen nun aus den angeführten Worten zunächst, dass die lex Iulia durch die bonorum cessio nicht die Infamie, sondern einfach nur die Personalexecution abgewendet werden liess. Die Infamie soll erst der Prätor ausgeschlossen haben; und in der That führt das Edictum perpetuum unter denjenigen, welche infamia notantur, die zahlungsunfähigen Schuldner nicht auf. Aus diesem Stillschweigen scheinen die Juristen geschlossen zu haben, dass nicht blos diejenigen zahlungsunfähigen Schuldner, welche freiwillig ihr Vermögen abgetreten haben, sondern auch diejenigen, in deren Vermögen die Gläubiger auf ihren Antrag immittirt worden sind, eine infamia nicht erleiden. So dass die l. 11 C. 2, 11 nur eine Anwendung dieser Regel, nicht aber eine nur für die debitores qui bonis cesserint geltende Ausnahme aussprechen würde, weshalb denn auch die Stelle in der Summe des Theodorus so wiedergegeben wird: *Ὁ ἔκστασιν τῶν ἰδίων ὑπομείνας οὐκ ἀτιμοῦται.*

Wer aber die *νομικοὶ* gewesen sein mögen, deren Interpretation jeden zahlungsunfähigen Schuldner von der infamia verschont bleiben liess, ist nicht mit Sicherheit anzugeben. Ulpian und Gajus sprechen wohl noch von einer ignominia desselben (Dig. 44, 7, 36. Gaj. IV, 182), oder es wird gesagt, dass ihm die Vollstreckung in das vorhandene Vermögen eine injuria, eine *ὕβρις* zufüge (Inst. I, 6 § 1 Nov. XI (4) c. 3), aber von einer eigentlichen infamia ist nicht mehr die Rede, ja in Inst. II, 19 § 1 wird selbst die in der Quelle (Gaj. II, § 154) ausgesprochene Beziehung auf die alte bonorum venditio und auf eine ignominia dessen, cujus bona veneant, abgeändert, um ja keinen Gedanken an eine infamia des Schuldners, dessen bona a creditoribus possidentur vel distrahuntur vel inter eos dividuntur, aufkommen zu lassen.

XI.

Die Collectio LXXXVII capitulorum und der c. De persona presbyteri 38 C. XI qu. 1.

Die Collectio LXXXVII capitulorum ist, nachdem Biener in seiner Geschichte der Novellen die Aufmerksamkeit auf dieselbe gelenkt hatte, neuerdings von Heimbach *Ἀνέκδ.* to. II p. 202 sqq. und sodann von Pitra Monumenta ecclesiae

Digitized by Google

graecae to. II p. 385 sqq. herausgegeben worden. Ich selbst habe in den Mémoires de l' Académie de St. Pétersbourg VII Série to. XXIII no. 7 der Sammlung ihre richtige Stellung angewiesen. Noch aber ist Manches unklar, was aufzuhellen jetzt versucht werden soll.

Zuvörderst ist auffallend, — worauf Biener grosses Gewicht gelegt hat, — dass der Verfasser, der Patriarch Joannes Scholasticus 565—578, von den Novellen Justinian's sagt, dieselben seien *σποράδην κεῖμεναι*. Man fragt mit Recht, wie konnte der ökumenische Patriarch die Novellen als nur einzeln und zerstreut vorhanden zu einer Zeit bezeichnen, wo entschieden schon Sammlungen derselben in Konstantinopel im Gebrauche waren, z. B. die von Julianus epitomirte, die von Stephanus citirte? Will der Patriarch nur sagen, dass keine kirchlich recipirte Sammlung der Novellen existire, sondern dass die das Kirchenrecht betreffenden Novellen nur vereinzelt unter den Quellen des Kirchenrechts vorkämen, dass seine Sammlung mithin sammt deren Anordnung und der Zählung der Kapitel die erste kirchliche Sammlung sei? Oder hatte der Patriarch Joannes, als er noch Presbyter in Antiochien war, diese Sammlung bereits abgeschlossen, und war dort in damaliger Zeit noch keine Sammlung der Justinianischen Novellen in Umlauf?

Sodann ist auffallend, dass die bei Gelegenheit der Inthronisation des Patriarchen Joannes erlassene Nov. CLXXIV (137) der angeblich nach Justinian's Tode — denn er wird in der Vorrede *θείας λήξεως* genannt — abgeschlossenen Sammlung nicht einverleibt ist. Auch dies würde erklärlich sein, wenn Joannes dieselbe bereits vollendet hatte, als er Patriarch wurde, und nun nur noch Zeit fand ein kurzes Vorwort zu derselben zu schreiben.

Ferner stellt sich bei näherer Betrachtung des Inhalts der Sammlung die von Joannes getroffene Auswahl als eigenthümlich heraus. Er giebt die von ihm zusammengestellten Novellen theils im Originaltext, theils abgekürzt, mit charakteristischen Auslassungen. Es sind z. B. ausgelassen, während die übrigen Bestimmungen der Nov. XII (6) und Nov. CXLVIII (120) aufgenommen sind, grade diejenigen Absätze, welche die Konstantinopolitanische Grosskirche betreffen, nämlich

Digitized by Google

Nov. XII (6) c. 8 und Nov. CXLVIII (120) c. 1—5; und dies spricht wohl für die Vermuthung einer Abfassung in Antiochia. Vielleicht hängt damit auch zusammen, dass Nov. XIII (5) c. 3 und Nov. CLV (123) c. 36 übergangen sind, während die übrigen Vorschriften dieser Novellen Aufnahme gefunden haben.

Endlich scheint die Gestalt, in welcher uns die Sammlung in den Ausgaben vorliegt (— und ob sie in irgend einer der zahlreichen Handschriften anders gestaltet sein mag, ist mir unbekannt —), wohl kaum die ursprüngliche und ächte gewesen zu sein. Es soll kein Gewicht darauf gelegt werden, dass von den Novellen zum Theil ein Stück Originaltext mit angehängtem *καὶ τὰ ἑξῆς* (cap. 6. 22) zum Theil verschieden gefasste Auszüge gegeben werden, ohne dass ein durchgehendes Gesetz für die eine oder die andere Art der Behandlung erkennbar wäre. Ebensowenig genügt zum Beweise des Gesagten, dass die aufgenommenen Novellen ausser den eigenthümlichen Rubriken bald ihre Inscriptionen an der Spitze tragen, bald nicht. Aber während sonst die Auszüge aus einer Novelle in ununterbrochener Reihe auf einander folgen, ist unverkennbar eine Unordnung und Verwirrung in den cap. 14—20 [1]). Bei cap. 14 findet sich am Schlusse ein Einschiebsel aus Nov. XV (7) c. 3 § 1. 2. (Heimbach citirt verkehrter Weise Nov. 120 cap. 8, und setzt in cap. 15 das Citat des cap. 7 pr. an eine falsche Stelle.) Cap. 17 ist ein Auszug aus Nov. CXLVIII (120) c. 7 § 1, welcher dem in cap. 16 gegebenen Auszug von c. 9 derselben Novelle hätte vorangehen müssen. Hierauf folgen in cap. 18. 19 Inhaltsangaben — man könnte es eher Rubriken als Auszüge nennen, — von Nov. LXXIV (56) [2]) und Nov. LXXIII (57) c. 1. Das cap. 20 scheint

---

[1]) Die Randcitate in der Ausgabe von Heimbach sind vielfach mangelhaft. P. 209 lin. 30 war am Rande cap. 3 zu citiren. P. 214 ist Nov. 46 cap. 3 zu streichen, und lin. 17 zu setzen Nov. 46 cap. 2. Von den auf p. 215 sq. erforderlichen Correcturen ist oben im Text die Rede. p. 230 lin. 30 muss am Rande zugesetzt werden cap. 34 und lin. 42 muss es cap. 35 statt cap. 34 heissen. Endlich p. 232 lin. 5 cap. 43 statt Nov. 83 pr., lin. 21 cap. 43 fin., und lin. 30 ist cap. 44 zu ergänzen.

[2]) Mit Uebergehung der für die *μεγάλη ἐκκλησία* getroffenen Anordnungen. — Einige Handschriften bemerken übrigens bei cap. 18: *ἔνθεν ἀπὸ ἄλλης διατάξεως*.


Digitized by Google

zunächst eine ähnliche Rubrik, sodann die Sanction aus Nov. XIV (3) c. 2 § 1 und c. 3 im Auszug zu geben, und schliesst mit dem Epilog der Nov. XII (6). Am Sonderbarsten aber ist die Einschaltung des cap. 21, welches aus einer kurzen Inhaltsangabe der Nov. XXIX (32) besteht, einer Novelle, die ebensowenig mit kirchlichen Dingen zu thun hat, als die beiden angehängten weder mit der Novelle noch mit dem Kirchenrecht zusammenhängenden *σημειώσεις*. Dass die cap. 18. 19. 20. 21 aus einer und derselben Quelle stammen[1]), zeigt wohl der gleichmässige Anfang mit einem *Μὴ δεῖν* an. Da aber diese Redensart sonst nirgends in der Sammlung gebraucht ist, so ist auch dieser Umstand ein Zeichen, dass hier irgend eine Corruption vorliegt. Ich weiss übrigens dafür keine andere Erklärung als etwa die, dass in der Urhandschrift vor der Verbreitung von Abschriften ein oder zwei Blätter ausgefallen waren, und diese von dem ersten Abschreiber in nicht ganz geschickter Weise ergänzt worden sind. Infolge dieser Vermuthung glaube ich daher, dass die Sammlung ursprünglich nichts von den Novellen XXIX (32) LXXIII (57) und LXXIV (56) enthalten, sondern sich beschränkt hat auf die Nov. XII (6) in cap. 1—5, XIII (5) in cap. 6—11, CIV (83) in cap. 12, LXIII (46) in cap. 13, CXLVIII (120) in cap. 14—21, CLI (131) in cap. 22—26, LXXXVII (67) in cap. 27, CLV (123) in cap. 28—87.

Hiemit sind jedoch noch keineswegs alle Schwierigkeiten gehoben, sondern es bleibt noch ein dunkler Punkt aufzuhellen.

Es ist nämlich nicht zweifelhaft, dass man die systematische Zusammenstellung des Kanons in 50 Titeln[2]) verfasst von Joannes, als er noch Presbyter in Antiochien war, in

---

[1]) In der Epitome ad Prochiron mutata findet sich die Stelle *Μὴ δεῖν τὸν δανείζοντα κτλ.* unter der Ueberschrift *Ἐκ τῶν νεαρῶν Ἰουστινιανοῦ ἐκ τῶν παρατίτλων κεφ. κα΄.* — Die Redeweise *Μὴ δεῖν κτλ.* finde ich nur noch in den Kanones der Laodicensischen Synode wiederholt gebraucht.

[2]) Oder den daraus später hervorgegangenen Nomocanon in 50 Titeln. Für das Nachfolgende ist die Alternative gleichgültig, da der fragliche Nomocanon nichts ist als eine Verschmelzung der älteren Sammlung mit deren Anhang, der Collectio 87 capitulorum.

Digitized by Google

Rom recht wohl gekannt hat, wie schon der erste Herausgeber, Christ. Justellus, in seiner Vorrede hervorgehoben hat. Denn der römische Pabst Nicolaus I. (858—867) sagt in einem Briefe an Photius, Patriarchen von Konstantinopel: Quomodo non sunt penes vos canones Sardicenses, quando inter quinquaginta titulos, quibus concordia canonum [1]) apud vos texitur, ipsi quoque reperiuntur. Es würde daher nicht Wunder nehmen können, wenn wir auf Spuren einer Bekanntschaft mit der Collectio 87 capitulorum im Occident stossen sollten. Nun scheint sich in der That eine solche Spur in einem Briefe des Pabstes Gregor des Grossen zu finden, von welchem das betreffende Stück in Gratian's Decret im c. De persona presbyteri 38 C. XI qu. 1 aufgenommen ist. Hier ist zuvörderst die Rede von der „Novella constitutio (— Nov. CLV meiner Ausgabe, Nov. 123 der griechischen Sammlung von 168 Stücken —) **De sanctissimis et Deo amabilibus ac reverendissimis episcopis, clericis et monachis.** Imp. Iustinianus Aug. Petro gloriosissimo PP. Si quis contra aliquem clericum" etc. Rubrik und Inscription sind dieselben, wie bei Nov. 134 der Heimbach'schen Ausgabe des Authenticum: ebenso der mit dem Citat cap. LIII angeführte Text (c. 21 der Novelle). Der Brief Gregor's fährt fort: in eadem constitutione LI capitulo (— so ist zu lesen nach der überzeugenden Ausführung in von Savigny Gesch. des RRs. im Mittelalter Bd. IV Anhang I —) . . . verba . . legis sunt ista: Presbyteros autem et diaconos et subdiaconos, cantores et lectores [2]), quos omnes clericos appellamus et rel. und dies stimmt ebenfalls mit dem Texte der Novelle in der Heimbach'schen Ausgabe des Auth. Nov. 134 c. 19 überein. Hier drängt sich nun die Frage auf, wie der Pabst darauf gekommen ist, die betreffenden Anführungen als cap. LI und cap. LIII zu bezeichnen.

Zur Beantwortung dieser Frage hat von Savigny a. a. O. eine Anmerkung des Huguccio († 1210) mitgetheilt, welche

---

[1]) An diesen Ausdruck erinnert Gratian's concordantia canonum.

[2]) Richtiger lectores et cantores. So ist die Reihenfolge in Nov. CLV c. 19 und im Authenticum l. l., den Novellen überhaupt (Nov. XIV (3) c. 1 § 1. XLVIII (22) c. 42) und in c. Apostol. 26 c. 4 syn. Trull.

Digitized by Google

also lautet: Capitula vocat paragraphos, non constitutionem vel collationem, quia in eadem constitutione et eadem collatione inveniuntur hoc et illud quod sequitur in fine, et tamen hic habetur cap. LIII, ibi habetur cap. LI, et verum est quod ille paragraphus praecedit istum paragraphum uno medio. Nec est curandum, si tot paragraphi non inveniantur in quolibet libro a principio tituli vel constitutionis usque huc, quia in diversis libris varii ponuntur paragraphi et in quibusdam plures et in quibusdam pauciores. Diese Hypothese ist nun zwar durch ihr Alter ehrwürdig, aber darum noch nicht glaubwürdig. So ganz willkürlich und mannichfaltig ist die Kapiteleintheilung der Novellen denn doch nicht. Zwar auf die Eintheilungen, welche erst spätere Herausgeber der griechischen Sammlung gemacht haben und welchen der Herausgeber des Authenticum folgt, soll um so weniger Gewicht gelegt werden, als dieselben theilweise nicht befriedigen. Aber man vergleiche z. B. die Eintheilung unserer Novelle in Kapitel in Julian's Epitome, und man wird sich bald überzeugen, dass der Inhalt der Novelle der Eintheilung gewisse Schranken setzt, und dass man ohne das Zusammengehörige aus einander zu reissen aus Kap. 1 bis 19 unserer Ausgaben nicht füglich LI bez. LIII capitula machen kann.

Müssen wir uns nun nach einer anderen Erklärung der betreffenden Citate in dem Brief Gregor's des Grossen umsehen, so liegt es nahe, an die Collectio 87 capitulorum und deren Kapiteleintheilung zu denken. Allerdings stimmen die Zahlen nicht ganz. Das cap. LI Gregor's ist hier c. 52, das cap. LIII ist c. 54. Aber es ist vorhin ausgeführt worden, dass die Gestalt, in welcher uns die Sammlung vorliegt, nicht die ursprüngliche ist, und damit könnte die Differenz wohl zusammenhängen. Aber ob andere Differenzen auf diese Weise erklärt werden können, bleibt bedenklich. Gregor führt Rubrik und Inscription der Novelle an, was in der Collectio zwar bei anderen Novellen, aber bei unserer Novelle grade nicht der Fall ist. Die Novelle hat in c. 21 im Griechischen *ταῦτα ἐκβιβασμῷ τελείῳ παραδίδοσθαι*, und bei Gregor, wie im Authenticum, haec executioni perfectae mandari, während die Collectio das *τελείῳ* auslässt. Ueberhaupt stimmen die von Gregor in lateinischer Uebersetzung

Digitized by Google

angeführten Stellen genau mit dem Authenticum. Es wird dadurch das Verhältniss zu der Collectio 87 capitulorum einiger Massen wieder zweifelhaft. Ich würde geneigt sein anzunehmen, dass der Pabst die Collectio 87 capitulorum als eine kirchlich recipirte Novellensammlung citire, während er den lateinischen Text aus dem damals bereits vorhandenen Authenticum entnehme. Ich bescheide mich indessen, dass diese Hypothese erschüttert wird durch die Thatsache, dass Gregor, wie bekannt, von Novellen, die nicht in der Collectio 87 capitulorum excerpirt sind, andere lateinische Uebersetzungen als die des Authenticum benutzt hat. Es würde also die Hypothese wenigstens dahin abzuändern sein, dass dem Pabste der lateinische Text, obgleich derselbe der des Authenticum ist, gleichwohl nicht aus diesem sondern anderswoher bekannt geworden sei. Doch genug der Hypothesen, für deren Richtigkeit ich bessere Beweise nicht zu erbringen vermag!

XII.

Die Inscriptionen der Novellen[1]).

Die Novellen Justinian's sind in der Regel an diejenigen Behörden gerichtet, welche der Inhalt zunächst angeht, oder auf deren Antrag sie erlassen sind. So sind die Novellen kirchenrechtlichen Inhalts zunächst an den ökumenischen Patriarchen adressirt, und zwar scheint jeder neu erwählte oder ernannte Patriarch meist bald nach seinem Amtsantritt den Erlass von derartigen Novellen veranlasst zu haben; man vergleiche z. B. Nov. XII—XV (6. 5. 3. 7), XVII (9), XXXVI (16), LVI (42), LXXII—LXXIV (35. 57. 56). Verordnungen, welche die Begrenzung und Verwaltung von Provinzen betreffen, sind an den Praefectus Praetorio der Diöcese adressirt; z. B. Nov. XXIII (24) sqq. An den Praefectus urbi sind gerichtet Verordnungen, welche sich auf die Ergasterien, die Gärten, die Aussicht aufs Meer, Alles in Konstantinopel,

[1]) Was in dem Folgenden über die Inscriptionen der Novellen gesagt wird, gilt zu einem grossen Theile auch von den Inscriptionen der Constitutionen des Codex. Bei dieser Gelegenheit will ich darauf aufmerksam machen, dass die von Cod. 11, 41, 7 von Krüger berichtete Lesart des Bononiensis offenbar αὐτοκράτωρ ad Senatum zu lesen ist.


Digitized by Google

beziehen, Nov. LX (43), LXXIII (64), LXXIV (63). Dem Quästor sind inscribirt Verordnungen über dessen *βοηθοὶ*, die an ihn gelangenden Appellationen, die von ihm auszufertigenden Bestallungen, Nov. XXVII (35), XL (23), XXI (17); — dem magister officiorum über die ihm unterstehenden Referendarien Nov. XVIII (10) und die *ὁπλοποιΐαι* Nov. CVIII (85); — dem comes sacr. largitionum die über die Consuln Nov. LXXXI (105), weil er die bei dem feierlichen Umzug zu spendenden Missilien zu beschaffen hatte. Der Regel entsprechend ist es auch, dass von den das Begräbnisswesen in Konstantinopel behandelnden Nov. LX (43) und LXXVI (59) nur die erstere den Praefectus urbi, die letztere aber den Praefectus Praetorio in der Inscription hat: denn in der letzteren ist die Rede von den vom Kaiser bewilligten Zahlungen, welche der Praefectus Praetorio anzuweisen hatte.

Auffallend aber ist, dass Novellen über *δευτερογαμία*, *ἀθεμιτογαμία* und *πορνοβοσκία* sich bald an den magister officiorum [1]) bald an den comes rei privatae wenden, so Nov. X (2), XXII (12), XXXIX (14), LVII (154), LVIII (139), CLXX (142), während doch z. B. Nov. XLVIII (22) zunächst an den Praefectus Praetorio gerichtet ist. Daran, dass dergleichen Sachen vor das *δικαστήριον* der Genannten gewiesen worden seien, ist nicht zu denken. Vielmehr dürfte die Inscription an den comes rerum privatarum in Nov. XXII [2]) LVII daraus zu erklären sein, dass sie Confiscationen zu Gunsten der kaiserlichen res privata festsetzen, theils daraus, dass die anderen erwähnten Verordnungen (Nov. X. LVIII) auf Vortrag der Genannten erlassen worden sind. An den magister officiorum aber sind die betreffenden Novellen gerichtet, damit er die weiteren Ausfertigungen durch die ihm unterstehenden Scrinien besorge. Von den Verordnungen *περὶ τόκων* sind die Nov. CXXIV (106) und CXXVIII (110) der Regel entsprechend an den Praefectus Praetorio ergangen, die Nov. II (138) aber sowie die Nov. VII (160) und XX (121) an Andere, durch deren Anfrage sie veranlasst worden waren.

---

[1]) So schon die l. 11 C. de repudiis 5, 17 vom J. 533.

[2]) Oder war hier die Novelle an den comes R. P. als Stellvertreter des damals abwesenden Mag. Off. adressirt? Vergl. Nov. XXII (12) not. 1 meiner Ausgabe.

Digitized by Google

Selbstverständlich sind die Novellen nicht bloss an diejenigen Magistrate erlassen, welche zunächst durch dieselben berührt wurden, und welche in der Inscription genannt sind, sondern zur Nachachtung auch anderen Oberbehörden zugefertigt worden. Die Form, in welcher dieses geschah, scheint nicht immer dieselbe gewesen zu sein. Zuweilen scheint denselben das Original vorgelegt worden zu sein, wo sie dann ihre Kenntnissnahme durch ein Legi zu bescheinigen hatten, Nov. XLVIII (22) in fine, LXXXI (105) in fine. In der Regel aber wurden ihnen exemplaria oder *ἰσότυπα* zugefertigt. Darunter hat man aber nicht einfache Abschriften zu verstehen: vielmehr wurden die Verordnungen ausdrücklich an die betreffenden Behörden adressirt, und in den Verordnungen selbst Veränderungen vorgenommen, um sie zur neuen Adresse passend zu machen, auch wohl eine „*παραλλαγὴ*" oder „adjectio" hinzugefügt und mit einer neuen Datirung statt der ursprünglichen abgeschlossen. So wird von Nov. X (2), welche im März 535 an den mag. offic. Hermogenes erlassen ist, bemerkt, dass sie später unter anderem Datum an den Joannes Praef. Praet. iterum[1]) gelangt sei. Ferner Nov. XVI (8) ist zunächst an den Praef. Praet. Or. Joannes ergangen, sodann unter späterem Datum an Dominicus PP. Illyrici mit einer besonderen adjectio, und an die Bischöffe vermittelst besonderen Edicts. Endlich Nov. C (133) ist sowohl dem Patriarchen Menas als dem PP. und PU. zugefertigt worden: daher wechselt im Texte *ἁγιωσύνη* und *ὑπεροχὴ* und auch die Datirung ist verschieden (vergl. not. 1. 8. 40—45 meiner Ausgabe)[2]).

Die Mittheilung zur Kenntnissnahme und Nachachtung musste regelmässig an alle magistratus majores geschehen. So ist die Nov. XLVIII (22), ausser dem Praef. Praet. als Hauptadressaten auch noch dem Praef. Urbi, dem Magister

---

[1]) Das will das *τὸ β'* in Cod. Ven. sagen, es gehört nicht wie Schöll meint zu *ἴδικτον*, bezeichnet also nicht das Edictum 2.

[2]) Von den verschiedenen Schlussformeln wird nachher die Rede sein. — Vergl. noch Nov. LXXIX (75. 104) not. 3. CXV (93). CXXX (111) not. 5. CXLIV (125) not. 1. 2. CLV (123) not. 1. CLVI (126) not. 3. CLVII (127) not. 1. CLVIII (Edict. 8) not. 1. CLXV (159) not. 1. CLXVI (134) not. 2.

Digitized by Google

officiorum, dem Comes S. Largitionum, dem Quästor, den drei Magistri in praesenti, und dem Comes rerum privatarum zugefertigt worden.

Mit der Inscription hängt die weitere Publication der neuen *γενικοὶ*[1]) *νόμοι* auf das Engste zusammen. Abgesehen von Edicten, welche auf besonderen kaiserlichen Befehl (Proponatur Constantinopolitanis civibus nostris) unmittelbar in Konstantinopel — durch Ausrufer oder durch Aushang — bekannt gemacht wurden — Nov. XXXVIII (13), CLXXI (141) — enthalten die neuen Verordnungen am Schlusse regelmässig den Auftrag an die in der Inscription genannte Behörde, für die weitere Bekanntmachung und Ausführung des Gesetzes Sorge zu tragen. Es scheinen darüber zu Anfang des Jahres 535 besondere Vorschriften erlassen worden zu sein[2]). Denn in Nov. IX (1) bezieht sich Justinian am Schlusse auf das was in dieser Hinsicht *ἤδη νενομοθέτηται παρ' ἡμῶν*, und ebenso in Nov. X (2) auf *τὸ παρ' ἡμῶν διατεταγμένον*. Die betreffende Anordnung ist uns nicht erhalten, ihr Inhalt aber ergiebt sich aus der Art, wie ihr in den neuen *γενικοὶ νόμοι* Folge geleistet worden ist.

Hier finden wir nämlich, wenigstens so lange der energische Präfect Joannes Cappadox am Ruder war, die Regel beobachtet, dass die Verordnungen allgemeinen Inhalts an den Praefectus Praetorio mit dem Auftrage gerichtet werden, für das Bekannt- und Befolgtwerden zu sorgen. Die Formeln, durch welche am Schlusse der Verordnung dieser Auftrag ertheilt wird, lauten verschieden. Bald heisst es kurz und einfach: *ἡ σὴ ὑπεροχὴ τὰ παραστάντα ἡμῖν καὶ . . . δηλούμενα, ἔργῳ καὶ πέρατι παραδοῦναι σπευσάτω*, so z. B. Nov. XVIII (10) — bald *ἅπασι ποιησάτω φανερὰ ἰδίκτων καταπεμπομένων*, so Nov. LXV (49), oder *κατὰ τὸ σύνηθες* (oder

[1]) Was die Publication von *ἰδικοὶ νόμοι* und solchen die an andre Magistrate adressirt sind, betrifft, besonders da, wo dieselben erweiterte Anwendung zu finden bestimmt waren, so ist Einiges unklar. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass dergleichen Verordnungen an den Magister officiorum oder an den Comes rer. privat. adressirt sein mögen, damit von ihnen die weiteren Ausfertigungen besorgt würden.

[2]) Aehnlich wie schon 534 für die *ἐπὶ δημοσίοις προϊόντας θείους τύπους* in Nov. IV (152).


Digitized by Google

τῷ συνήθει τρόπῳ oder *κατὰ τὸν νενομισμένον τρόπον*) *διὰ προγραμμάτων*[1]) (oder *κηρυγμάτων*) *οἰκείων φανερὰ πᾶσι καταστησάτω*, so Nov. XLVIII (22), L (39), LXIX (52), LXX (54), LXXVII (60) — oder *ἔν τε ταύτῃ τῇ μεγάλῃ πόλει ἔν τε ταῖς ἐπαρχίαις . . φανερὰ καταστησάτω*, so Nov. LXVI (47), LXXXVI (66) und ähnlich Nov. XCIII (73), CXLIV (125) — bald noch bestimmter *κατὰ τὸ νενομισμένον προστάγμασι χρωμένη πρὸς πάντας τοὺς τῶν ἐπαρχιῶν ἡγουμένους*, so Nov. XVI (8), und ähnlich Nov. XXXV (15) und XLII (18) — am Bestimmtesten und Ausführlichsten in Nov. IX (1): *γενήσεται μὲν παρὰ τῆς σῆς ὑπεροχῆς ἐνταυθοῖ κηρύγματα* (in Konstantinopel durch Aushang und Ausruf) *πᾶσι παραγγέλλοντα τὴν τοῦ νόμου δύναμιν, σταλήσεται δὲ καὶ κατὰ χώραν* (in die Provinzen an die Statthalter) *ἐν ἅπασιν . . τοῖς ἔθνεσιν . . . . οἱ δέ γε τῶν μητροπόλεων ἄρχοντες ταῦτα λαμβάνοντες . . . ἑκάστῃ παραπέμψουσι πόλει.* Und wenn die Verordnung gleichzeitig auch anderen magistratus majores zugefertigt wird, so werden sie bedeutet: *οὐ προθήσεις δημοσίᾳ τήνδε τὴν διάταξιν, ἀρκούντων τῶν περὶ τούτων παρ' ἡμῶν γεγραμμένων πρὸς τοὺς ὑπάρχους τῶν πραιτωρίων*, Nov. XLVIII (22).

Der Grundsatz, dass neue *γενικοὶ νόμοι* zunächst an den Praefectus Praetorio gerichtet und von diesem weiter publicirt werden, erleidet indessen nach Umständen gewisse Ausnahmen.

Betreffen die neuen Verordnungen kirchliche Dinge, so sind dieselben vorzugsweise an die Patriarchen adressirt mit dem Auftrage der Publication in kirchlichen Kreisen: sie werden aber auch dem Praefectus Praetorio zu der von ihm zu bewirkenden üblichen Publication zugefertigt, insofern sie auch für ausserkirchliche Kreise zu beachtende Vorschriften enthalten. Dem Patriarchen wird bald einfach aufgetragen *τὰ . . . ἡμῖν παραστάντα ἔργῳ καὶ πέρατι παραδοῦναι*, so Nov. XXXVI (16) und ähnlich Nov. LXXII (55), Nov. LXXIV (56), — bald wird noch hinzugesetzt, dass er zu diesem Zweck die Verordnung an die Metropoliten zu senden habe, so Nov. LVI (42) und LXXXVII (67), — bald wird noch besonders gesagt, dass die Metropoliten die Verordnung noch

[1]) Nov. CXLVIII (120) *ἐν τοῖς συνήθεσι καὶ νομίμοις τόποις ἐπὶ δέκα ἡμέρας.*

Digitized by Google

weiter den Bischöffen und Klöstern bekannt machen sollen, so Nov. XII (6) und XIII (5), und dass dieselbe nach erfolgtem öffentlichen Aushang *ἔνδον ἀποκείσθω ἐν τῇ ἁγιωτάτῃ ἐκκλησίᾳ μετὰ τῶν ἱερῶν σκευῶν κτλ.* Nov. XVI (8) edicto ad episc. — Dass die betreffende Verordnung gleichzeitig an den Praefectus Praetorio ergangen ist, ist bei Nov. XII (6), XV (7), XCVIII (79) überliefert, und Nov. LXXV (58) ausdrücklich in der Verordnung selbst gesagt. Vergl. auch Nov. C (133).

Die zweite Ausnahme von der aufgestellten Regel besteht darin, dass zuweilen der Kaiser sich vorbehält für die Bekanntmachung besonders Sorge zu tragen, so Nov. CXLVIII (120), CLI (131) — oder den Praefectus Urbi vorzugsweise damit beauftragt, so Nov. LXXVII (60), LXXVIII (61). In letzterem Falle hat dann die uns erhaltene Novelle wohl einen doppelten Epilog, den Einen an den PP., den anderen an den PU. gerichtet, so Nov. CXVI (94).

Ich kann diese Bemerkungen nicht schliessen ohne darauf aufmerksam zu machen, wie lehrreich für die hier behandelten Fragen die chronologische Anordnung der Novellen in der von mir veranstalteten Ausgabe ist. Sie zeigt deutlich wie die Bedeutung des Praefectus Praetorio Orientis mit dem Zurücktreten des Kappadociers Joannes abnimmt, und wie sich dies namentlich auch darin zeigt, dass die bis dahin innegehaltene strenge Ordnung in der Publication der Gesetze Störungen erleidet. Man braucht nur zu verfolgen, wie sich in Nov. CXLVIII (120), CLI (131), CLIII (124), CLV (123), CLXV (159), CLXVI (134)[1], CLXXIV (137) Inscription und Epilog zu einander verhalten, um sofort zu erkennen, wie einerseits die Wirksamkeit des Praefectus Praetorio eingeschränkt ist und wie derselbe andererseits hinter den Praefectus urbi und andere Magistrate zurücktritt. Schon unter Justinian also bereitet sich die Entwickelung vor, welche den Praefectus Praetorio Orientis zunächst zum blossen *ἡγεμὼν τῶν φόρων τῆς ἑῴας* herabsinken und zuletzt mit dem Praefectus urbi zu einem einheitlichen *ἔπαρχος* verschmolzen werden lässt.

---

[1]) Hier ist die not. 28ª meiner Ausgabe zu streichen.


Digitized by Google

Miscellen.

In der Umgegend von Rom ist eine Inschrift zum Vorschein gekommen, die der Aufmerksamkeit der Romanisten nicht unwerth ist. Sie ist, auch mit photographischer Abbildung, von Professor F. Barnabei in den diesjährigen Notizie degli scavi p. 115 publicirt; von einigen schwierigen Stellen hat mir genauer Bericht desselben und Abdruck vorgelegen. Der Text lautet:

Cum sim colonus hortorum olitoriorum, qui sunt via Ostiensi, iuris | collegi magni ark|arum divarum Faustinarum matris et piae[1]), colens in | asse annuis ~~ss~~ XXVI et quod excurrit[2]), per aliquod annos in ho|diernum pariator[3]), deprecor tuam quoq(ue) iustitiam, domine Salvi, sic|ut Euphrata v(ir) o(ptimus) collega tuus q(uin)-q(uennalis) Faustinae matris[4]) aditus a me permis(it),| consentias extruere me sub monte memoriolam per ped(es) XX in quadra|to; acturus genio vestro gratias, si memoria mea in perpetuo const|[a]bit [habitura?] itum[5]) ambitum. — Dat(a) a Geminio Eutychete colono.|

Euphrata et Salvius Chrysopedi, Pudentiano, Yacintho, Sophronio | et Basilio et Hypurgo scrib(is) salutem. Exem-

---

[1]) Auch sonst heisst die jüngere Faustina nach der Consecration auf Münzen und Inschriften häufig *pia*.

[2]) Paulus Dig. 16, 3, 26, 2: *debetis mihi ... ex ratione patris vestri decem et quod excurrit.* Vegetius 1, 28: *post primum Punicum bellum viginti et quod excurrit annorum pax.*

[3]) D. h. der ich mehrere Jahre hindurch bis auf den heutigen Tag rechtzeitig die Pacht gezahlt habe.

[4]) O. Hirschfeld hält diesen Quinquennalen für den Euphrata, an den das Rescript vom J. 229 C. Iust. 3, 38, 2 gerichtet ist. Der Name ist übrigens nicht selten.

[5]) Der hier verhauene Stein hat CONST | HABITVS· ITVM. Der Sinn ist klar, die Fassung unsicher.

Digitized by Google

plum libelli dati nobis a Geminio | Eutychete colono litteris nostris adplicuimus; et cum adl[e]get [1]) aliis quoq(ue)| colonis permissum [2]), curabitis observare, ne ampliorem locum memoriae | extruat, quam quod libello suo professus est. Dat(a) VIII kal. Aug. Maximo et Albino cos.[3])

Das hier genannte zu Ehren der Gemahlinnen der Kaiser Pius und Marcus gestiftete Collegium stand hienach unter zwei Quinquennalen, von denen jeder, wie es scheint, der einen der beiden Faustinen insbesondere zugetheilt war, und hatte sechs Schreiber. In wie weit die in dem kaiserlichen Gesinde mehrfach begegneten 'grossen' Genossenschaften [4]) mit diesem identificirt werden können, lässt sich nicht sagen. Wichtiger ist die sehr auffallende Benennung der Corporation *collegium magnum arkarum divarum Faustinarum matris et piae.* Denn so oft von der *arca* eines Collegium die Rede ist, so kann diese doch nicht Subject des Collegiums sein und nicht angemessen mit den *fabri*, den *cultores Silvani* und so weiter in eine Reihe gestellt werden. Wenn dies dennoch hier geschehen ist, so muss dafür ein besonderer Grund obwalten; und dieser lässt sich finden.

Nach dem Tode seiner Gattin, der älteren Faustina, stiftete Pius die *puellae Faustinianae* [5]) und im Anschluss daran Marcus nach dem Tode der jüngeren die *puellae Faustinianae novae* [6]). Dass diese Stiftungen nicht der municipalen Alimentarinstitution

---

[1]) Der Stein ADLIGET.

[2]) Wohl in der mündlichen Verhandlung mit Euphrata; im Briefe steht dies nicht.

[3]) 25. Juli 227.

[4]) In der ephesischen Inschrift C. I. L. III, 6077, welche eine Anzahl wahrscheinlich hauptstädtischer *collegia libertorum et servorum domini n. Aug.* aufzählt, steht an der Spitze ein *collegium magnum.* Eine hauptstädtische Inschrift C. VI, 671 nennt ein *collegium magnum Lar(um) et imag(inum) domn(i) invicti Antonini pii felicis Augusti* (d. h. des Caracalla) und dessen *servus actor.* Hauptstädtische Grabschriften giebt es von zwei *scribae collegi magni* (C. VI, 10 252. 10 253) und einem *viator collegi magni* (C. VI, 10 254). Offenbar gab es verschiedene Collegien dieser Art; vermuthlich sind nur die Inschriften der *scribae* und der *viatores* auf das *collegium magnum* der beiden Faustinen zu beziehen. Auch in Poetovio in Oberpannonien begegnet ein nach hauptstädtischer Art geordnetes *collegium magnum Larum et imaginum domini n. Caes.* (C. III, 4038).

[5]) Vita Pii 8: *puellas alimentarias in honorem Faustinae Faustinianas constituit.* Die Vertheilung ist dargestellt auf der Münze der *diva Faustina* mit der Beischrift *puellae Faustinianae* (Eckhel 7, 40).

[6]) Vita Marci 26: *novas puellas Faustinianas instituit in honorem uxoris mortuae.*

Digitized by Google

angehören, sondern zu Gunsten der stadtrömischen Plebs gemacht worden sind, geht hervor theils aus der Analogie einer dritten in Veranlassung der Vermählung des Marcus mit der Lucilla gemachten Stiftung [1]), theils aus einem directen Zeugniss[2]). Es sind diese Stiftungen, auf welche unsere Inschrift sich bezieht und wir können aus derselben einigermassen erkennen, in welcher Weise sie eingerichtet worden sind. Fundirt wurden sie in liegenden Gründen und deren Ertrag bildete die *arca divae Faustinae matris* und die *arca divae Faustinae piae.* Derselbe muss der mit der unentgeltlichen Getreidevertheilung an die niedere hauptstädtische Bürgerschaft beauftragten Behörde abgeliefert und diese dadurch in den Stand gesetzt worden sein, für in der Hauptstadt geborene Bürgermädchen eine Anzahl neuer Stellen einzurichten. Wem die Vergebung dieser Stellen zustand, lässt sich nicht entscheiden. Die Verwaltung selbst, das heisst die Verpachtung der Grundstücke und die Einziehung der Pachtgelder übernahm für jede Kasse eine Körperschaft mit einem Quinquennalis an der Spitze; beide Körperschaften wurden dann als *collegium magnum arcarum divarum Faustinarum* zusammengefasst. Dasselbe ist insofern anomal, als es ihm eigentlich an einem Subject fehlt. Die Mädchen, denen die Stiftung zu Gute kommt, können als solches nicht betrachtet werden und die Quinquennalen sowie die übrigen *collegiati* haben lediglich die Geschäftsführung, selbst wenn sie es gewesen sein sollten, welche die Stellen vergaben. Daher entspricht die anomale Bezeichnung *collegium arcarum* der Besonderheit dieser Institution. Es kommt weiter hinzu, dass bekanntlich eigentliche Collegien in der besseren Kaiserzeit in der Stadt Rom nicht gestattet worden sind. Wirkliche Ausnahmen von dieser Regel begegnen nur sehr wenige; auch unsere Institution ist keine. Man hat sie zugelassen, weil sie vielmehr eine Stiftung ist als ein Collegium im eigentlichen Sinne des Wortes.

Für den Juristen ist weiter zu beachten, dass der *colens in asse* (vgl. *vendere in assem* bei Modestinus Dig. 20, 6, 9 pr. u. dgl. m.) allem Anschein nach zusammenfällt mit dem *colonus qui nummis colit* (Paulus Dig. 47, 2, 26, 1), *qui ad pecuniam numeratam conduxit* (Gaius Dig. 19, 2, 25, 6) unserer Rechtsbücher und den Gegensatz dazu der *colonus partiarius* macht (a. a. O.), also hier sich einander entgegenstehen der Pächter, der sämmtliche Früchte *(assem)* übernimmt und dafür Geld zahlt, und

---

[1]) Vita Marci 7: *ob hanc coniunctionem pueros et puellas novorum nominum* (also etwa *pueri Aureliani, puellae Lucillianae*) *frumentariae perceptioni adscribi praeceperunt.*

[2]) Stadtrömische Grabschrift C. VI, 10222 eines sechsjährigen Mädchens *inc(isa) fr(umento) publ(ico) div(ae) Faust(inae) iunior(is).* Vergl. O. Hirschfeld, Getreideverwaltung in der röm. Kaiserzeit Philol. 29 S. 10.

Digitized by Google

der Pächter, der einen Theil *(partem)* der Früchte für sich nimmt, die übrigen statt des Pachtgeldes an den Eigenthümer abliefert.

Th. Mommsen.

Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edikts.

Die vor Kurzem erschienene, von Mommsen besorgte 5. Auflage von Bruns' Fontes enthält im 6. Capitel (I Edictum perpetuum praetoris. Recognovit O. Lenel) eine sehr wünschenswerthe Zugabe zu Lenels Edictum perpetuum. Das Resultat der mannichfaltigen und bedeutsamen Entdeckungen Lenels, durch welche die Wissenschaft zugleich von vielen falschen Vorstellungen über Bekanntes befreit, und durch Aufweisung der Spuren von scheinbar völlig und auf immer Verlorenem bereichert worden, steht hier in gedrängter Kürze vor uns.

Durch diesen plastischen Aufbau wird die Forschung auf neue Gebiete gelenkt. Das prätorische Edikt, wie es hier vorliegt, kann jetzt studirt werden, wie eins der alten Gesetze; die Eigenthümlichkeiten seines Sprachgebrauchs, seines Stils können jetzt, wo der Ueberblick über das Ganze ermöglicht ist, einer Betrachtung unterzogen werden. Dabei müssen sich natürlich kleine Nachträge zu Lenels Werk und Veränderungen an demselben ergeben. Die Schwierigkeit liegt jedoch in dem Umstande, dass das Edikt zwar einen Redaktor, aber viele Verfasser gehabt hat. Es ist ein Werk, das in dieser Beziehung mit Justinians Pandekten verglichen werden kann; nur ist eben der Redaktor ein Julian, nicht ein Tribonian gewesen, d. h., ein nicht blos seine Zeit, sondern viele Zeiten beherrschender Geist. In Folge dessen, und weil Julian noch inmitten der Rechtsformen lebte, für die jene alten Edikte erlassen worden waren, ist seine redigirende Thätigkeit, wie aus den wenigen Ueberresten der blos vorjulianischen Edikte hervorgeht, nicht eine Verschlechterung des Materials gewesen. Dass er eingreifende Aenderungen vermieden hat, dürfte sich daraus schliessen lassen, dass auch die äusserlichen Verschiedenheiten (das bekannte si erit, si dicitur) der Edikte, die sich durch die ungleichzeitige Entstehung erklären, stehen geblieben sind. Nimmt man aber dies an, so ergiebt sich, dass das Julianische Edikt nicht als einiges Werk beurtheilt werden darf, sondern dass, wo eine Verschiedenheit im Sprachgebrauch zu Tage tritt, zunächst mit der Möglichkeit ungleichzeitigen Entstehens gerechnet werden muss.

Digitized by Google

Von der anderen Seite haben alle Edikte gemeinschaftlich so viele Eigenthümlichkeiten des Kurialstyls (über denselben vergl. Kalb, das Juristenlatein, Nürnberg 1886), dass man, wie ein einheitliches Juristenlatein unbeschadet der Verschiedenheiten der einzelnen Klassiker besteht, so auch von einem Sprachgebrauch des Edikts reden, und Dinge constatiren darf, die ausserhalb dieses Sprachgebrauchs liegen.

An dieser Stelle folgen einige Bemerkungen über den Sprachgebrauch des Edikts, dessen technische Ausdrücke ja in der Jurisprudenz, durch die Vermittlung der Commentare, eine so grosse Rolle spielen.

I.

— —. „werde ich eine Klage geben", ist der häufigst vorkommende Refrain der Edikte. Dies könnte, wenn Justinian der Autor wäre, ebensowohl: actionem dabo, als iudicium dabo heissen, denn die Byzantiner unterscheiden nicht mehr. Anders der Prätor: 'iudicium dabo'; „ich werde ein Gericht geben", nicht: 'actionem dabo', „ich werde eine actio schaffen" sagt der Magistrat. Indem er sagt: iudicium dabo, *giebt* er implicite 'actionem', er schafft eine neue actio. Dies ist die regelmässige Ausdrucksweise des Edikts, vergl. (Bruns, rec. Lenel): De iurisdictione 1 c (S. 189). De cognitoribus 10 (S. 192). De in int. rest. 2. 4 (S. 191, 193). De rec. 2 (ibid.) etc. und Probus hat nur die Siglen J. D., nicht A. D.

Allein es giebt Stellen, in denen Actionem dabo bez. non dabo steht, und es handelt sich jetzt darum, die Gründe festzustellen, aus denen daselbst diese Wendung gebraucht ist.

Während es also z. B. S. 198: Quod cum magistro nauis 4 b (Actio de pec. annualis) heisst:

> Post mortem ejus qui in alterius potestate fuerit . . . . in anno quo primum de ea re experiundi potestas erit, *judicium dabo*, heisst es ibid. 4 c (Quod cum eo qui in aliena): In eum qui emancipatus . . . erit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, . . . *actionem causa cognita dabo* in quod facere potest.

Woher der Unterschied?

Im Edikt b handelt es sich um eine einzelne Klage, die Ao de peculio, in Beziehung auf welche hier bestimmt wird, dass sie innerhalb eines Jahres nach dem Tod noch weiter gegeben werden soll; im Edikt c nicht um eine einzelne, sondern um jede beliebige Klage. Im Edikt c wird nicht gesagt: „ich werde eine Klage geben", „ich werde ein Gericht geben"; sondern „ich werde *jede* einzelne Klage, die etwa möglicherweise aus einem solchen

Digitized by Google

Kontrakt herzuleiten wäre, geben in id quod facere potest". Das Edikt b betrifft nur die Ao de peculio und verheisst ein Gericht de peculio intra annum, so wie ein Gericht verheissen wird beim Depositum (De bonae f. contr. 1 (S. 198), beim Commodat (S. 197 de R. C. 4) vergl. De Publicanis, Vi bon. rapt. (S. 203, 3), De damno infecto (S. 203), De religiosis 3 (S. 197), De iudicis omnibus 4, De noxal. (S. 194), De Public. (S. 194), De his qui dejec. (S. 194) 1. 2, De servo corrupto (S. 195). Ueberall wird hier eine neue Klage eingeführt, und zwar eine neue Klage. Anders im Edikt 4c, welches sich, wie gesagt, auf alle schon bestehenden Klagen bezieht. Iudicium dabo: „hiermit führe ich eine neue Klage ein = Anem facio oder constituo". Actionem (non) dabo: „hiermit erkläre ich, eine bestehende Klage in diesem Falle geben (bez. nicht geben) zu wollen". Actionem dabo wird daher niemals Platz greifen können, wenn nicht eine Modifikation im Ertheilen der bestehenden Klagen ausgedrückt werden soll; sonst ist es überflüssig; denn Niemand bezweifelt, dass die bestehenden Klagen auch wirklich ertheilt werden werden. Und so findet es sich nur bei solchen allgemeinen Modifikationen im Ertheilen der sämmtlichen Klagen:

1. Quod cum mag. 4c (S. 198) (oben besprochen).

2. De iud. omn. 2. de iureiurando (S. 194): *Qua de re* (D. si) is cum quo agetur condicione delata iurauerit; . . . eius rei neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.

Wieder ist es ein allgemeines, auf alle Klagen bezügliches Edikt; nicht ein neues Gericht wird verheissen, sondern die Ertheilung aller Klagen verweigert für den Fall, dass der Beklagte seine Schuld abgeschworen hat.

3. De interdictis 9 (S. 209): Uti . . superficie . . . . fruimini, quo minus ita fruimini, v. f. v. si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Die Erstreckung irgend einer der schon bestehenden Actiones auf die Superficies wird von einer causae cognitio abhängig gemacht.

4. De curatore bonis dando 2 (S. 206): Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum . . . . intra annum . . actionem dabo.

Wegen der mannichfaltigen Dinge, die fraudationis causa gesta erunt, soll die jedesmalige Klage, die natürlich höchst verschieden sein kann, dem Curator etc. gegeben werden.

5. De cognitoribus 3 (S. 192). Cuius nomine quis actionem (irgend eine der bestehenden Klagen) sibi dari postulavit, is eum boni viri arbitratu defendat.

6. De ventre inspiciendo custodiendoque partu S. 200: quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus ex edicto meo

Digitized by Google

bonorum possessio data sit, eas, si mihi iusta causa videbitur esse ei non dabo.

7. De curatore bonis dando 3 (S. 206): Quod postea contractum erit, quam is cuius bona venierint, consilium f. c. ceperit, fraudare sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.

Kurz: actionem dabo ist, wie Savigny von der Schenkung sagt: „ein allgemeiner Charakter", iudicium dabo ist die Ertheilung der individuellen Klage.

Mit diesem durch das ganze Edikt festgehaltenen Sprachgebrauch steht eine Stelle im theilweisen Widerspruch:

De religiosis 2. De sepulchro violato S. 206 lautet nach den Pandekten so: Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicunque agere volet, *ei centum aureorum actionem dabo;* si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam: si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiumve aliud quam quod sepulchri causa factum sit, habuerit, in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo.

Während die erste und dritte Bestimmung hier das zu erwartende iudicium dabo haben, steht in der Mitte plötzlich actionem dabo.

Ob dies eine wirkliche Ausnahme ist, oder ob die Compilatoren die cursiv gedruckten Worte eingeschoben haben, muss dahin gestellt bleiben. Ohne die fraglichen Worte würde quicunque agere volet ebenfalls auf ei agendi potestatem faciam zu beziehen sein.

II.

Das interdictum fraudatorium lautet in den Pandekten, L. 10 pr. D. 42, 8: Ait praetor:

> Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam.

So ist es auch mit kleinen redaktionellen Aenderungen in die Restitution übernommen, aber natürlich nur deshalb, weil eine wirkliche Restitution unmöglich schien, nicht wie wenn dies wirklich der Text des Interdiktes wäre.

Folgende Bemerkungen dürften für eine künftige Restitution nicht ganz ohne Werth sein:

Digitized by Google

1. in bonis quibus de ea re agitur ist natürlich fehlerhaft, weswegen (im Hinblick auf L. 10 § 9) Mommsen (und mit ihm Lenel) quibus de agitur liest. Aber wie kam das ea re an diesen Ort? Glücklicherweise fehlt an anderer Stelle etwas Aehnliches. Nämlich eo nomine quo de agitur ist beispiellos, dagegen von alten Gesetzen her bekannt: eo nomine qua de re agitur. Vergl. die Formeln der Lex Rubica, Bruns S. 96, 97 (XX, 23, 24; 29, 30; 33). Macht man aus quo de agitur ein qua de re agitur, so sind die Worte ea re untergebracht.

2. Das Interdikt war gegeben zu Gunsten der Gläubiger, welche die bonorum venditio vorgenommen hatten (vergl. L. 10 § 9 und dazu Dernburg, Pand. II § 144, bes. S. 367 num. 5), bezw. des bonorum emptor selber. Bleibt man dabei stehen, dass einer von diesen beiden Interessenten: creditores oder bonorum emptor, der Geschädigte ist, und dass ein Lucius Titius mit dem tu zusammen in fraudem gehandelt hat, so muss der Prätor in seiner Ansprache drei Bezeichnungen gehabt haben: eine für den Gemeinschuldner (Lucius Titius), eine für den particeps (tu), und eine dritte für den Geschädigten, dem restituirt werden soll. Nun ist für den Imploranten beim Interdikt meistens die Bezeichnung ille [fast stets bei den Interdicta[1])], es muss also der Geschädigte hier auch mit ille bezeichnet sein, es heisst aber im Interdikt: ea illis ... restituas, woraus folgt, dass die creditores die Imploranten sein müssen. Illis ist keineswegs in illi zu ändern. Schwierigkeiten macht noch der Satz: si eo nomine quo de agitur [qua de re agitur] actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei. Früher bezog man ihn auf die Klage der L. 1 pr. h. t., allein nachdem Dernburg a. a. O. Anm. 5 bemerkt hat: „Von diesem Standpunkte aus ist aber das interdictum fraudatorium nimmermehr zu verstehen, welches danach ein wahres superfluum und eine beispiellose Anomalie unter den Interdikten wäre“, dürfte diese Meinung beseitigt sein. — Was bedeuten aber jene Worte?

Zunächst ist zu bemerken, dass sie so nicht im Edikt gestanden haben, wie wir sie in den Pandekten lesen, denn so sind sie barbarisch: actio competere esseve oportet kann kein Lateiner sagen. Was stand an ihrer Stelle?

Der Ausdruck actio ex edicto competit ist an sich selbst betrachtet kaum möglich. Noch Gajus unterscheidet zwischen Klagen, die competunt (scil. ipso iure) und solchen, die dantur (scil. a praetore) vergl. II 253 und IV, 112, und sagt nur ausnahmsweise auch von den prätorischen Klagen, sie „ständen zu“. Um so weniger kann man dem Prätor die Ungenauigkeit zutrauen, Klagen

[1]) Anders scheint es bei den Wege- und Wasserinterdikten gewesen zu sein.

Digitized by Google

aus seinem Edikte „zustehen“ zu lassen. Das ganze Edikt vermeidet den Ausdruck competere: denn quibus non competit bonorum possessio (Rubr. D. 38, 13) ist angesichts des überaus häufigen ediktalen bonorum possessionem dare (vergl. Rubr. und L. 1 pr. D. 38, 14; D. 43, 2, 1 pr. D. 25, 4, 1, 10 und dazu die Commentare) für Compilatorenwerk zu halten; um so mehr da die Art, wie die einzelnen Fälle der denegatio bonorum possessionis berichtet werden (cfr. L. 13 D. 37, 1, L. 1 D. 29, 6, L. 12 § 1 D. 37, 1 und dazu Lenel, Ed. perp. § 163), gar nicht darauf schliessen lässt, dass sie unter gemeinsamer Rubrik standen, da ferner Julian in der einzigen Stelle, die unter diesem Titel steht, auch nur von actionis denegatio spricht.

Also actio ex edicto meo competit hat der Prätor nicht gesagt;[1]) nun sieht aber jeder den Worten ex edicto meo an, dass sie ächt sind; es frägt sich also, in welcher Verbindung diese Worte sonst im Edikt vorkommen. Sie kommen blos in der Verbindung bonorum possessio ex edicto meo data est, in possessionum venerint, und ähnlich, immer also bei der bonorum possessio vor. (D. 43, 2, 1 pr. Cic. pro Quinctio 27, 84, vor Allem aber Cic. ad fam. VII 21: si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit und dazu Lenel ed. perp. S. 359.)

Ebenso sind die Worte: esseve oportet sicher ächt: esseve oportet kommt in der lex Rubria vor in der Verbindung esset esseve oporteret, si ... Ueberhaupt ist oportet ein Wort, das sehr häufig mit esse bei Fiktionen vorkommt, auch da, wo ohne die Fiktion kein oportere wäre: Vergl. Gajus IV 36 (Formel der Publiciana) und damit die Formel der rei vindicatio, ferner D. 38, 7, 1 tum quem ei heredem esse oporteret, si intestato mortuus esset L. 7 pr. D. 39, 2: quantum praestare eum oporteret si.

Wie sich hieraus unser Satz zusammensetzen lässt, wage ich nicht zu vermuthen: stände statt actio ein neutrum, so wäre die Möglichkeit gegeben, es als Nominativ zu dem ersten Verbum und als Accusativ zu oportet zu ziehen.

Uebrigens muss man bei dem Satz: si eo nomine .. oportet, ei, die Möglichkeit im Auge behalten, dass wir hier einen Tragelaphen vor uns haben, wie in L. 1 pr. de vi (43, 16) beim interdictum unde vi. Die sponsio bei Cicero ähnelt dem Satze sehr.

Am Schluss ist ‘in factum actionem permittam’ natürlich nicht ächt; ob aber, wie Lenel beim uti possidetis entdeckt hat, sponsionem restipulationemque facere permittam da gestanden hat, oder arbitrum postulare permittam, oder einfach interdicam, ist nicht ohne weiteres zu eruiren.

---

[1]) Der Titel am Schluss lautet: quarum rerum actio non datur.

Digitized by Google

III.

Die Edikte de his qui dejecerint vel effuderint 1 und 2 (S. 194, 195) enthalten einen Passus über Sklaventhäterschaft, beim Edikt 1: si servus insciente domino fecisse dicetur, in *iudicio* adiciam: aut noxae dedere, beim Edikt 2: si servus insciente domino fecisse dicetur, ... aut noxae dedi iubebo.

Allein bei 1 ist das Wort iudicio nicht ächt; denn im iudicium fügt der Prätor nichts bei, wohl aber in der Formel: in formula adiciam: aut noxae dedere; und im Edikt 2 ist der Schlusssatz wohl nicht gefälscht (die Compilatoren hätten wohl gesagt: noxae dari[1]) iubebo) sondern verstümmelt. Wahrscheinlich ist aber vor aut noxae dedi iubebo hier als erste Androhung zu ergänzen: eum aut defendi (vergl. Lenel Ed. perp. § 56) . . . Der Sklave muss defendirt oder er muss noxae dedirt werden, wie ja auch eine Sache defendirt werden kann (vergl. die Interdicta quam hereditatem, quem fundum etc.). Das defendere einer Sache muss den Compilatoren aber als wider die Würde einer Person gehend erschienen sein . . daher der Torso L. 45 D. 39, 2: a quo fundus petetur si rem nolit: „Wenn er die Sache nicht will"; daher auch die Verstümmelung unseres Ediktes. Das einmalige aut ist für die Compilatoren nicht anstössig: Arg. der bekannte § ult. I. 2, 19: aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis, vergl. mit Gajus II 167. (Schlossmann, Zwang, Beilage I.) Formula steht in L. 42 pr. D. 47, 2.

Weswegen ist aber nicht auch bei 2 gesagt: adiciam: aut noxae dedere? Weil das Edikt 2 eine Art von Interdikt ist: Nequis- positum habeat. qui adversus ea fecerit . . . Es ist eine Popular-Strafklage in eminentem Sinn, ähnlich gestaltet wie die Ermahnungen der Aedilen, vergl. ne und adversus, und darum ermahnt hier der Prätor, den Sklaven zu vertheidigen!

IV.

Quibus ex causis in possessionem eatur 4c lautet: Si pupilli pupillae nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eam hereditatem retinere *et hoc datum sit:* si iusta causa esse videbitur, bona interea deminui nisi causa cognita boni viri arbitratu vetabo (L. 7 pr. D. 28, 8, S. 205). Der cursiv gedruckte Satz ist inhaltlich und sprachlich unpassend. Inhaltlich; denn in § 1 heisst es: merito praetor impedit interim deminutionem, quamdiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum, also

[1]) Statt des, wie Roby, Introduction to Justinians Digests S. 132 richtig nachweist, nicht blos häufigeren, sondern allein klassischen: noxae dedi, welches auch unser Edikt hat. Vergl. § ult. I. 4, 8.

Digitized by Google

das petere genügt. In L. 1 § 1 sagt der Prätor: si tempus ad deliberandum petet, dabo. Das: et hoc datum sit ist also ganz überflüssig, denn einmal wird das tempus ad deliberandum stets auch bei puberes ertheilt, geschweige denn bei pupilli (ae), und dann ist im Commentar ausdrücklich gesagt, dass, wenn tempus gefordert wird, nicht veräussert werden darf. Sprachlich: datum sit ist ganz unmöglich; aber auch die Veränderung in datum erit würde nichts helfen, denn vorhergehen muss die postulatio, nachfolgen die datio; da nun postulabitur, nicht postulatum erit dasteht, so müsste es auch dabitur, nicht datum erit heissen [1]).

Dahingestellt bleibe, ob hoc datum sit Glossem oder Interpolation ist.

V.

Der Titel über Hauskinder- und Sklavencontrakte (S. 197) giebt zu manchen Erörterungen Anlass:

1. „Der Gewaltunterworfene" heisst in zwei Edikten: qui 'in alterius potestate est' (4a, 4b); in den Ueberschriften der Titel (D. 14, 5. I. 4, 7) heisst er: qui in *aliena* potestate est. Gajus sagt meist qui in potestate sunt, aber auch ab und zu qui in aliena potestate sunt. Nun ist ein Edikt mit aliena potestate überliefert, nämlich 1 in f. (L. 1 § 19 D. 14, 1): si is qui navem exercuerit in *aliena* potestate erit *eiusque* voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, (in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium [datur]). Aber hier kann nicht aliena gestanden haben; denn eiusque fordert eine Personalbezeichnung; man könnte alterius vermuthen; ich glaube aber, dass patris dominive gestanden hat; denn 1. ist im § 20—23 fortwährend von pater dominusve die Rede, und 2. haben die Compilatoren eine gewisse Scheu, den pater und den dominus zusammen zu nennen; so haben sie beispielsweise in I. 4, 7 die bei Gajus gemeinschaftliche Darstellung aufgelöst, und reden zunächst blos vom Sklaven; in I. 4, 8, bei den Noxalklagen waren sie zu solcher Aenderung genöthigt. Bei Gajus IV 65 ff. ist soviel von pater dominusve die Rede, dass die Vermuthung sich aufdrängt, es habe jene Phrase im Edikt gestanden. War dies, so ist hier wohl ein Ort dafür, hier und ebenso bei der Actio quod iussu. Da kommt fortwährend p. d. ve vor, und quod iussu patris dominive ist wohl die Formel dabei gewesen.

2. Eine fernere Verschiedenheit ist folgende: Der Gewalthaber heisst entweder is, cuius in potestate est, oder is in cuius potestate est. Bei der ungleichzeitigen Entstehung der Edikte ist nicht unwahrscheinlich, dass cuius in mit in cuius im Edikt abwechselt; giebt es doch eine Stelle (L. 1 D. 3, 2 der Infamenkatalog), wo in cuius potestate est zweimal steht (allerdings fehlt

[1]) Auch das 'hoc' ist nicht elegant.

Digitized by Google

dies in den Vaticana); aber dass in demselben Satz diese beiden Formen alterniren sollen, ist auffallend. Nun sind die Edikte, die in cuius potestate est haben, folgende: 4b (S. 198, L. 1 pr. D. 15, 2): Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, ... dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius, *in cuius potestate est,* factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo. Dies ist, wie Lenel Ed. Perp. S. 202 bemerkt „weder fehlerlos noch vollständig“. Es wird vermisst der Satz penes quem peculium erit[1]) und es ist fehlerhaft der Satz in cuius potestate est; statt est müsste man fuerit schreiben. Aber auch dann ist der Satz inhaltlich falsch, wenigstens unzutreffend. Die Klage geht de peculio gegen den jetzigen Inhaber des peculium; wird zum peculium auch gerechnet das dolos auf die Seite geschaffte, so kommt es dabei nicht auf den Dolus des frühern Gewalthabers, sondern auf den des Inhabers des peculium an, : si quid dolo malo eius penes quem peculium erit, factum erit, quo minus peculii esset fordert der Sinn: ob ein Versehen vorliegen kann, durch welches der eine Satz in den andern verwandelt wurde, oder eine Interpolation, ist nicht zu ermitteln: jedenfalls ist der Satz: in cuius potestate est, formell falsch und inhaltlich ungenügend.

ibid. c (S. 198 L. 2 D. 14, 5) lautet: In eum qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinuit se hereditate eius, cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive iussu eius, *in cuius potestate erit,* contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest.

Die Stelle ist auffällig, weil iussus hier der Befehl an den Gewaltunterworfenen, nicht, wie sonst immer (vergl. Windscheid Pand. II § 193 Anm. 11) die Ermächtigung an den Drittcontrahenten ist. Der cursiv gedruckte Satz ist aber direkt fehlerhaft, weil erit statt fuerit steht: es concurrirt also wieder in cuius mit einem falschen Tempus, während die beiden Sätze mit cuius in das richtige fuerit haben.

Auch hier ist daher nicht unwahrscheinlich, dass hinter iussu etwa parentis oder patris familias gestanden hat, oder eine Bezeichnung für den Emancipanten, welche die Compilatoren getilgt haben[2]).

Berlin. Otto Gradenwitz.

---

[1]) penes quem peculium est ist die häufigste Anwendungsform des Wortes penes bei den Römischen Juristen, vergl. Lenel a. a. O.

[2]) De noxalibus actionibus (S. 194 L. 21 § 2 D. 9, 4) hat auch in cuius potestate esse dicetur; dies kann ächt sein, kann sich aber auch daraus herschreiben, dass die Compilatoren das Edikt nur unvollständig überliefert haben.

Digitized by Google

In Ansehung der von mir im vorigen Bande S. 36 (bis) Anm. 3 erwähnten Pariser Handschrift des Tübinger Rechtsbuches nº. 4917 erhielt ich von Herrn Caillemer in Lyon die folgende unerfreuliche Mittheilung, welche ich mit seiner Zustimmung in der Gestalt, in welcher sie mir zugegangen ist, veröffentliche. Fitting.

Lyon, le 4 novembre 1886.

Monsieur et honoré Collègue.

Dans la très-remarquable Etude que vous venez de consacrer aux Exceptiones Legum Romanarum, vous dites, avec raison, que le recueil, désigné depuis une vingtaine d'années sous le nom de Tübinger Rechtsbuch, ne fut pas complétement éclipsé par le Petrus, et vous en trouvez une excellente preuve dans le nombre et dans la date des manuscrits qui nous l'ont conservé. — Vous donnez, en note, l'énumération de ces précieux volumes contenant le Livre de Tubingue, et, au premier rang, vous faites figurer un Codex Parisiensis, portant le nº. 4917 et remontant au XIIe siècle.

Si quelqu'un de vos lecteurs, sur la foi de ce renseignement, corroboré d'ailleurs par les autorités les plus imposantes, par Savigny, par Merkel et plus récemment par le regrettable Stintzing, s'avisait de faire le voyage de Paris, uniquement pour consulter ce 4917, il éprouverait, j'en suis sûr, une amère déception. Sur sa demande, les conservateurs de notre Bibliothèque nationale lui remettraient un volume, ayant bien pour titre Tractatus Juris, mais en réalité contenant un Devotus Tractatulus de Spiritualibus ascensionibus, petit traité, écrit au XVe siècle, et n'ayant rien d'attrayant pour un historien du Droit.

Comment expliquer une telle erreur? On aura quelque peine à admettre que, lorsque Savigny écrivait que le nº. 4719 est un manuscrit du XIIIe et peut-être même du XII siècle[1]), il avait sous les yeux un manuscrit du XVe siècle. Il sera encore plus malaisé de croire que Merkel, lorsqu'il exprimait l'avis que le Codex Parisiensis, 4719, contient une abréviation et un remaniement d'un Petrus originaire plus étendu et divisé en plusieurs livres[2]), parlait d'un Devotus tractatulus de spiritualibus ascensionibus. On ne consentira jamais à avouer que Barkow ait extrait de ce Devotus tractatulus les quatre ou cinq variantes notées dans son édition du Petrus. Ni Savigny, ni Merkel, ni Barkow, n'ont pu commettre de si grossières erreurs.

---

[1]) Geschichte, 2. éd., t. II, p. 135.
[2]) Geschichte, 2. éd. t. VII, p. 51.

Digitized by Google

Ce qui prouve bien qu'ils ne se sont pas trompés, c'est que tous les catalogues, dans lesquels le manuscrit 4719 a été décrit, disent expressément que ce livre est un livre de droit. Chez les frères du Puy, dans la bibliothèque desquels il portait le nº. 88, c'est un recueil d'extraits des livres du Digeste et du Code: „Excerpta varia ex libris Digestorum et Codicis, 8°, optimae notae". En 1682, dans l'inventaire de Clément, il porte le nº. 5942, et contient d'anciens fragments de Droit: „Iuris fragmenta antiqua". En 1744, il reçoit le nº. 4719 et les rédacteurs de l'inventaire imprimé disent: C'est un manuscrit en parchemin, venant des frères du Puy, et contenant un Abrégé de droit civil par un auteur anonyme. „Codex membranaceus, olim Puteanus; ibi continetur compendium juris civilis, authore anonymo; is codex XIII saeculo exaratus videtur."

Mais il y a un témoignage plus décisif encore, celui des Bénédictins. Le manuscrit 5942 (devenu plus tard 4719) renferme, disent-ils, un Compendium juris per titulos distributum, et aussitôt ils donnent un renseignement très-précieux: „Videtur deesse initium. I° de datione tutelae: Si pater vel avus non dederit in testamento; fol. 4." Ce sont précisément les premiers mots du Chapitre premier du Livre de Tubingue et du Chapitre III du premier Livre du Petrus. Les Bénédictins ajoutent: „Codex in quarto minori, variis manibus scriptus, annorum circiter 500 ad 600", ce qui nous reporte au XII° siècle indiqué par Savigny.

Puisque le nº. 4719 actuel ne répond à aucune des descriptions de l'ancien 4719, il faut se résigner à admettre qu'il y a eu substitution d'un livre à un autre. Le Compendium Juris, **optimae notae,** a été soustrait et remplacé par un livre insignifiant, sur lequel le malfaiteur, pour dissimuler son délit, avait fait préalablement inscrire le titre Tractatus Juris et avait appliqué des estampilles découpées dans quelque autre volume.

Tous ces faits sont exposés dans un Rapport adressé, le 4 décembre 1871, par M. Léopold Delisle á M. Taschereau, alors administrateur de la Bibliothèque nationale.

La substitution est postérieure á l'époque où Savigny, Barkow et Merkel ont examiné le manuscrit; une note insérée vers 1840 par Guérard sur la table alphabétique du Catalogue, note rappelant au lecteur que le volume 4719 contient les Exceptiones magistri Petri, autorise à croire que, à cette date, l'ancien manuscrit était encore à sa place. — En 1858, le volume substitué a été régulièrement paginé. — La fraude paraît donc contemporaine de ces autres fraudes sur lesquelles l'attention du monde savant a été appelée, il y a peu de temps, par l'éminent Directeur de notre Bibliothèque nationale.

Qu'est devenu l'ancien 4719? M. Léopold Delisle conjecture que le voleur en a disposé au profit de M. Barrois, dans la Bibliothèque duquel étaient une vingtaine de manuscrits ayant la même origine. Il se

Digitized by Google

trouverait donc aujourd'hui dans la Bibliothèque de Lord Ashburnham, acquéreur des Collections de M. Barrois.

Le n°. 336 de ce fonds est précisément un manuscrit sur vélin, in 4°, du XIII° siècle, composé de 56 feuillets, dont le premier s'occupe des tutelles et nous apprend que les femmes ne peuvent être tutrices. — C'est bien là l'objet du 1er chapitre du Livre de Tubingue et la description s'accorde assez exactement avec celle des Bénédictins.

Il y a cependant une objection: D'après les Bénédictins, le manuscrit commençait ainsi: „De datione tutelae: Si pater vel avus non dederit in testamento ...“ — Le Catalogue imprimé par Lord Ashburnham nous dit que l'Abbreviatio Juris, portant le n°. 336, commence par ces mots: „De tutelis: Scire debemus quod in tutelis femine tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est“.

La question d'identité ne pourra être résolue que par un examen attentif du manuscrit 336, examen pendant lequel on aura sous les yeux les variantes notées par Barkow et notamment l'observation par lui faite sur la place occupée dans le 4719 par la rubrique de donatione inter virum et uxorem.[1])

Je compte vous envoyer prochainement une note sur la Summa Bellinensis; la partie de cette Summa intéressante pour l'éditeur des Exceptiones Legum Romanarum rappelle, par l'ordre dans lequel les fragments sont classés, le Livre de Tubingue. Mais elle contient plusieurs chapitres (ceux qui figurent dans le Petrus: I, 36, 44; II, 38; IV, 4 et 11) qui ne se trouvent pas dans le Tübinger Rechtsbuch. Je me propose également d'étudier le manuscrit n°. 3876 et de vous faire connaître les résultats de cet examen.

Veuillez agréer, Monsieur et honoré collègue, l'assurance de ma haute considération. E. Caillemer.

„Als Manuskript gedruckt“ habe ich unter dem Titel „Das Ashburnhamer Rechtsbuch, Quelle der Exceptiones Petri“ eine Abhandlung verbreitet, welche später in einer grösseren Arbeit über mittelalterliches Recht Aufnahme finden soll. Es sei mir gestattet, in aller Kürze über ihren Inhalt zu referieren. Ich verstehe unter dem „Ashburnhamer Rechtsbuch“ (Ashb.) eine bisher unbekannte Sammlung in Cod. 285 Coll. Barrois Bibl. Ashburnham unter der Rubrik „de iure Burgund.“. Dieselbe besteht aus 116 Kapiteln des Petrus (P), welche in Ashb. 117 cc. ausmachen. Hiezu kommen noch zwei Pandekten-

[1]) Auch Conrat, Das Ashburnhamer Rechtsbuch S. 6 Anm. 1 a. E. hält die Identität der beiden Handschriften für sehr wahrscheinlich.
Fitting.

stellen l. 1 pr. — committere D. 48, 4 und l. 34 D. 50, 17, sowie aus App. Petri I (ed. Fitting) die §§ 55. 43. 56. 58. 42. 59—72. 38. 73—75. 48. 76—79. Die Kapitel aus P. sind diejenigen, welche nicht im Tübinger Rechtsbuch (Tub.) stehen, mit Ausnahme von I. 1, 52. II. 20, 22. III. 36, 48, 68. IV. 37 sowie III. 56[a]. Die Kapitel von Ashb. und Tub. nebst den eben erwähnten Stücken machen somit den Inhalt von P. aus. Dass dann Ashb. und Tub. die Quellen von P. sind, ist nicht zu bezweifeln.

Die Reihenfolge der Kapitel ist in Ashb. durchaus anders als in P. und, soweit sie Pandektenexcerpte sind, im Wesentlichen eine solche nach Pandektentiteln. Rubriken und Text stimmen in Ashb. durchgängig mit P. überein, nur dass statt der abweichenden Lesarten in ed. Savign. Ashb. fast überall den Text der littera vulgata aufweist. Als Entstehungsort dürfte Burgund und als Entstehungszeit etwa die Zeit zwischen 1115 und 1130 in Betracht zu kommen haben.

Ich füge hinzu — was dort nur angedeutet ist — dass ich bezüglich Tub. und zwar sowohl als Sammlung wie in seinen Teilen, in letzteren Punkten zu einer gleichen Annahme neige. Bezüglich der Entstehungszeit bestimmt mich hierzu die Benutzung der — vollständigen — Pandekten und des bereits vervollständigten Codex, sowie der Inhalt mehrerer kanonisch-rechtlichen Kapitel. Was den Entstehungsort anlangt, so scheinen mir die Gründe für die Lombardei oder Ravenna überhaupt nicht schwer ins Gewicht zu fallen. Bezüglich Ravenna bemerke ich: Odofredus lässt das studium von Ravenna schon post mortem Caroli untergehen. Der Ravennate Petrus Damiani kennt das wenige, was er weiss, aus einer kanonischen Sammlung und aus der Urkundensprache. Paganus in gl. Taur. 295, der ein Ravennatischer Richter sein soll (d. Z. VII. 59), ist vielmehr ein „Tölpel“, ein „Ungelehrter“. Die Schulmeister, gegen welche Petrus Damiani polemisiert, mögen die in decretalibus erfahrenen geistlichen Lehrer der liberales artes von S. Maria de Portu sein [AA. SS. Mai I. 161 (Vita Alderbr.)]. Der Bericht des Petrus Damiani dürfte die Tradition von der Rechtsschule in Ravenna verursacht haben. Daraus würde sich erklären, dass spätere Tradition den Glossator Cyprian aus Florenz dieser Rechtsschule zuschreibt; denn bei Petrus Damiani wird ein „Florentinus“ hervorgehoben.

Inzwischen habe ich Spuren des Rechtsbuchs auch in den Anhängen der Handschrift 8 bei Savigny[2] II. 138/139 gefunden. Dieselbe ist coll. Tub.; Kollationen der sämmtlichen Handschriften von Tub. sind in meinem Besitz.

Eine bemerkenswerte Erscheinung in der Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter ist die Thatsache, dass in Frankreich, wo sich das Justinianische Recht allgemeiner erst im 12. Jahrhundert verbreitet hat, in den dem Ivo zugeschriebenen und an ihn anknüpfenden Sammlungen schon um die Wende des 11. Jahrhunderts zahlreiche Pandektenexcerpte begegnen.

Digitized by Google

Die Annahme, dass Ivo aus dem Rechtsbuch selbst excerpiert hat, dürfte allgemein sein; sie trifft aber nicht zu. Vielmehr haben jene französischen Sammlungen aus einem kurzen Auszug des Vetus geschöpft, welcher uns heute noch in der neuerdings entdeckten aus dem Anfang des 12. Jahrhunderts stammenden Brittischen Dekretalensammlung erhalten ist (vergl. N. Arch. V. 568—570). Ich kann zur Zeit über dieselbe nur auf Grund der Mitteilungen im N. Arch. a. a. O. urteilen; diese ergeben jedoch bereits, dass Ivo et caet. keinen Pandektentext enthält, welcher sich nicht in dem Auszuge findet, die Ausschnitte aus den Pandektenfragmenten und die Textesgestaltung hier wie dort dieselben sind (zum Teil auch die Quellenangaben). Es kann sich danach nur darum handeln, ob Ivo aus dem Auszug, oder der Auszug, welcher noch einige bei Ivo fehlende Pandektenfragmente hat, aus diesem stammt. Die letztere Annahme, von vornherein wenig plausibel, wird durchaus unwahrscheinlich, wenn man erwägt, dass der Auszug die Texte nach der Legalordnung zusammenstellt, und fällt dahin durch den Umstand, dass sich gewisse Eigentümlichkeiten bei Ivo et caet. am besten mit Hilfe derselben erklären lassen. — Bezüglich des Auszugs ist bemerkenswert, dass der einzige aus dem Novum stammende Text durch item den aus Buch 24 Tit. 2 entlehnten, Texten angereiht wird, sonach gleichfalls wie ein Text des Vetus erscheint (a. a. O. S. 570 sub N. 24). Es findet sich auch ein Text des Infortiatum (30, 39, 6) und zwar zwischen Texten des Vetus eingeschaltet. Es wird sich nun darum handeln, Entstehungszeit und -ort dieses Auszuges zu bestimmen; Abfassung in Italien ist sehr wahrscheinlich.

Inzwischen bin ich in den Besitz einer Kollation gelangt, durch welche die Annahme bezüglich des Verhältnisses zu Ivo zweifellos erscheint. M. Conrat.

Digitized by Google

Litteratur.

Dr. E. Landsberg, Iniuria und Beleidigung, eine Untersuchung über die heutige Anwendbarkeit der actio iniuriarum aestimatoria. Bonn, M. Cohen und Sohn. 1886. 117 S.

Der Verfasser stellt sich die Aufgabe, zu untersuchen, ob ev. wie weit das gemeinrechtliche Institut der iniuria durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt ist. Er sucht zu diesem Ende in erster Linie den Thatbestand der römischen iniuria festzustellen und prüft sodann, ob die im justinianischen Recht vorkommenden einzelnen Anwendungsfälle der iniuria sich im gemeinen Recht erhalten bezw. fortgebildet haben, um schliesslich das Resultat in Bezug auf die Gültigkeit der römischen und gemeinrechtlichen iniuria-Lehre zu ziehen. Ein Ueberblick über die Doctrin bis auf Jhering und eine eingehende Kritik der von dem letzteren Schriftsteller (in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 (1885) S. 155—338, jetzt auch in Jherings Gesammelten Aufsätzen Bd. 3 (1886) S. 233 ff.) vertretenen Ansicht bilden die Einleitung. Als grundlegend bezeichnet der Verfasser mit Recht den Aufsatz Walthers „Ueber Ehre und Injurien nach römischem Recht", welcher die iniuria als die zurechenbare widerrechtliche Verletzung der existimatio bezeichnete, die existimatio selbst als die im römischen Civilrecht wurzelnde bürgerliche, vom Staate anerkannte Rechtsfähigkeit fasste und nur darin fehlte, dass er neben die bürgerliche existimatio die existimatio im Sinne von Achtung, guter Ruf und demgemäss neben die Verletzung der ersteren die iniuria in der Bedeutung unseres Wortes Injurie stellte. Köstlin hat diesen Fehler beseitigt. Als communis opinio galt von da ab, dass dem römischen Injurienbegriff zu Grunde liege die Idee von der Störung der jedem Bürger zukommenden existimatio durch eine ihm zugefügte contumelia, Unbill. Mehr als eine Formaldefinition hatte man damit nicht gewonnen; es galt den Kreis derjenigen Handlungen abzugrenzen, die als injuriöse in Betracht kommen. An dieser Schwierigkeit ist die Doctrin gescheitert. Sie behalf sich, da eine Einengung des iniuria-Begriffes nicht gelingen wollte, mit der Subsidiarität der iniuriarum actio. Dieser Stand der Lehre ist durch Jherings glänzende Arbeit in mehrfacher Richtung erschüttert worden. Zurückgehend auf Walther, bestreitet derselbe die

Digitized by Google

Einheitlichkeit des Injurienbegriffs; er unterscheidet innerhalb der iniuria zwischen Verletzungen der Person in dem, was sie ist, und dem, was sie hat und redet bei den ersteren (Verletzungen von Körper, Freiheit, Ehre) von einer abstracten, bei den letzteren (Verletzungen von Gütern der Aussenwelt) von einer concreten Injurie. Nach Landsberg ist diese Eintheilung weder quellenmässig, noch ist sie historisch begründet, noch auch dogmatisch leistungsfähig. Weit beachtenswerther erscheint die Art und Weise, wie Jhering die oben erwähnte Schwäche der gemeinrechtlichen Injurienlehre zu beseitigen sucht. Er leugnet, dass jede bewusste Rechtsverletzung iniuria sei: Die Quellen weisen auf eine gewisse Beschränkung hin. Gesucht werden muss die Grenze in der Art der Rechtsverletzung, in dem Vorliegen des echten animus iniuriandi, für den das unterscheidende Merkmal die Offenheit, Frivolität, Frechheit (ὕβρις) ist, mit der der Handelnde fremdes Recht verletzt. Die injuriöse Rechtsverletzung charakterisiert sich als das offene Mit-Füssen-treten fremden zweifellosen Rechtes. Landsberg verhält sich auch in diesem Punkte ablehnend, nicht minder Windscheid, Pandekten II § 472 Note 1[b].

Der Gewinn, den Landsberg aus dem kritischen Theile seiner Arbeit zieht, ist die Erkenntniss, dass an der einheitlichen Anschauung der iniuria als einer Verletzung der bürgerlichen Rechtspersönlichkeit festzuhalten sei. Die Frage nach der Begrenzung des Delicts sucht er auf historischem Wege zu lösen. Er zeigt, wie der Begriff der iniuria nach den XII Tafeln auf die widerrechtliche Verletzung der Person (Gegensatz: Vermögensverletzung) beschränkt war, wie der Prätor, schritthaltend mit der steigenden Bildung und Urbanität, in der Sicherung der Person über die materielle Verletzung hinausging und damit zu der Auffassung der iniuria als contumelia den Grund legte, wie endlich die Jurisprudenz die actio iniuriarum nicht nur auf Vermögensverletzungen ausdehnte, sondern auch den nunmehr hinfällig gewordenen alten Begriff der iniuria dadurch kräftigte, dass sie dieselbe der contumelia gleichstellte. Aber war es den Juristen mit dieser Gleichstellung wirklich Ernst? Landsberg verneint es. Der contumelia-Begriff gab ihnen die theoretische Grundlage ab, aber juristisches Princip war er ihnen nicht. Eben diese Wahrnehmung zwingt den Verfasser, auf dem Weg einer genauen Betrachtung der von den römischen Juristen aufgestellten Fälle der strafbaren Injurie eine zutreffende Bestimmung dessen zu suchen, was dieselben durch die Identificierung von iniuria und contumelia nur ungenau ausdrückten. Das Resultat ist folgendes: Von der Körperverletzung abgesehen, ist die iniuria die widerrechtliche Verletzung gewisser Affectionsinteressen, neben welcher in zufälliger und untergeordneter Weise eine Vermögensverletzung einhergehen kann. — Es fällt uns nicht ein, mit dem Verfasser über den Ausdruck „Affectionsinteresse“ zu rechten — er ist unseres Erachtens schon desshalb zu beanstanden, weil er zu der Ansicht verleitet, als ob jene Interessen nur auf Neigungen und Gemüthsstimmungen beruhten (Affectionswerth) —, um so entschiedener drängt sich die Frage auf, wie die

Digitized by Google

römischen Juristen zu jener Gleichstellung von iniuria und contumelia kamen, wenn die iniuria die widerrechtliche Verletzung „lediglich“ eines Affectionsinteresses war. Wir geben gerne zu, dass der Begriff der iniuria (besser, das Anwendungsgebiet der actio iniuriarum) sich in der contumelia nicht erschöpft, aber wir ziehen es vor, diese Erscheinung mit Pernice (Labeo II S. 6 ff.) einfach auf die weitere Bedeutung von iniuria (= Rechtswidrigkeit) zurückzuführen, welche der nichtjuristische, im gemeinen Leben herrschende Sprachgebrauch festhielt und in der er die iniuria als etwas selbständiges und gleichschwerwiegendes der contumelia entgegensetzte.

Wir überspringen die sorgfältigen Ausführungen des Verfassers über die Schicksale der iniuria im gemeinen Recht und notieren nur im Vorübergehen, dass nach seiner Meinung die actio iniuriarum auch im spätesten ausgebildetsten gemeinen Rechte rein strafrechtlicher Natur ist und dass daher im Falle ihrer Beseitigung durch das Reichsstrafgesetzbuch von einem civilrechtlichen Fortbestehen qua Schadensersatzklage nicht die Rede sein könnte. Untersuchen wir nunmehr, wie es mit dieser Beseitigung steht. Der Verfasser glaubt die Frage dadurch erledigen zu können, dass er die Anwendungsfälle der actio iniuriarum Revue passieren lässt und bei jedem prüft, ob derselbe durch eine einschlägige Bestimmung des Reichsstrafgesetzbuchs beseitigt sei. Er kommt dabei zu folgendem Resultat: Durch die Vorschriften des Reichsstrafgesetzbuchs ist die actio iniuriarum in den weitaus meisten und wichtigsten ihrer Anwendungsfälle beseitigt. In einem aber ist sie gemeinrechtlich noch heute mit Erfolg anstellbar: im Fall der Verhinderung an der freien Benutzung der unserem Privatrecht oder dem gemeinen Gebrauch unterworfenen Gegenstände.

Der Verfasser hat es sich zum voraus verbeten, dass man dieses Resultat mit dem Vorwurf der Geringfügigkeit anfechte. Wir sind davon weit entfernt, möchten aber behaupten, dass dasselbe schon durch die Art der Fragestellung zweifelhaft wird [1]). Nicht darauf kann es ankommen festzustellen, welche Anwendungsfälle der iniuria durch gegenständlich zusammenfallende Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs beseitigt sind, sondern zu prüfen ist, ob nicht durch die eingehende Regelung, welche die Beleidigung zusammen mit der Körperverletzung in unserem Gesetzbuch erfahren hat, die iniuria den „Materien, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich sind“, beigezählt werden, also durch das letztere als legislatorisch consumiert gelten muss [2]). Träfe dies zu, so wäre selbstverständ-

---

[1]) Nebenbei sei bemerkt, dass bei der Verhinderung an der freien Benutzung der meinem Privatrecht oder dem gemeinen Gebrauch unterworfenen Gegenstände doch eine Nöthigung sehr leicht unterlaufen kann. Wer mich widerrechtlich und gewaltsam an der Benutzung eines öffentlichen Theaters hindert, ist strafbar nach dem Reichsstrafgesetzbuch § 240.

[2]) Von dem gleichen Gesichtspunkt ausgehend verneint Windscheid, Pand. I § 123 Anm. 4[a] die Anwendbarkeit der Strafen des decretum D. Marci, weil das Reichsstrafgesetzbuch durch Bestrafung

Digitized by Google

lich der Nachweis, dass das Gesetzbuch die einmal occupierte Materie lückenhaft geregelt habe, ganz irrelevant. Wenn man nun festhält, dass die „Materie“ in ihrer Geschlossenheit ein Erzeugniss der Dogmengeschichte ist, als deren integrierender Bestandtheil vom Standpunkt der Gegenwart aus auch die frühere deutsche Gesetzgebung zu betrachten ist (so Binding, Handbuch I. S. 290), so dürfte man von vornherein geneigt sein, zu behaupten, dass die actio iniuriarum in unserem Rechtssysteme keine Stelle mehr habe. Aber freilich über jeden Zweifel erhaben ist diese Entscheidung bei der Doppelsinnigkeit des Schweigens unseres Gesetzbuchs nicht, und das, was der Verfasser S. 98 sagt, zeigt deutlich, dass er die Differenz zwischen der heutigen Beleidigung und der gemeinrechtlichen iniuria für bedeutend genug hält, um eine Gemeinsamkeit des Schicksals beider rundweg in Abrede zu stellen.

Einen bestimmteren Anhalt als der § 2 des Einführungsgesetzes zum Reichsstrafgesetzbuch gewährt der § 11 des Einführungsgesetzes zur Reichsstrafprocessordnung. Der Verfasser hat denselben keineswegs übersehen, aber in einer Weise interpretiert, die geradezu überrascht. Nach ihm hat die actio iniuriarum, obwohl nur noch in einem Fall existierend, durch den § 11 Abs. 1 die letzte folgerichtige Ausbildung erfahren: sie ist aus der Stellung im Civilprocess befreit und in das Strafverfahren herübergezogen worden. Seltsamer Weise beruft sich der Verfasser auf die Entstehungsgeschichte des § 11. Wir sind mit Loewe (zu § 11 Note 1) und Mandry (Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze § 22 Note 10) nach wie vor der Ansicht, dass durch den § 11 die Unzulässigkeit jeder auf Privatstrafe, Abbitte, Widerruf gerichteten Klage ausgesprochen worden ist, und behaupten, dass in der Reichstagscommission der Antrag des Abgeordneten Gaupp: „Die ästimatorische Injurienklage ist aufgehoben“, durch den des Abg. Schwarze nicht beseitigt sondern erweitert wurde. Zweck des Antrags von Schwarze war die völlige Aufhebung nicht nur der ästimatorischen Injurienklage, sondern auch jeder Klage auf Widerruf etc., und diesen Zweck glaubte der Abgeordnete dadurch zu erreichen, dass er die Erhebung einer auf Strafe gerichteten Injurienklage im Civilprocesse abschnitt, denn dass an die Anstellbarkeit derselben im Strafprocesse nicht zu denken sei, hielt er für selbstverständlich. Mit welchen Schwierigkeiten übrigens die Herüberziehung der gemeinrechtlichen Injurienklage in den Strafprocess zu kämpfen hat, geht aus Landsbergs Darstellung zur Genüge hervor. Dass die Möglichkeit einer Verfolgung der Beleidigungen im Wege des Civilverfahrens auch heute noch in mehr als einer Beziehung wünschenswerth wäre, lässt sich wohl behaupten. Der Abg. Bähr hat dies in

der schweren Formen der Eigenmacht diese Materie geordnet habe. Von seinem Standpunkte aus hat derselbe Schriftsteller ganz recht, wenn er (II § 472 Anm. 7[a]) den Wegfall des Strafanspruchs aus der iniuria einfach damit begründet, dass das Reichsstrafgesetzbuch die „Materie“ der „contumelia“ geordnet habe.

Digitized by Google

der Reichstagscommission deutlich genug erklärt, und v. Bar hat es ganz neuerlich in einem Aufsatz über das Ueberhandnehmen der Duelle (Deutsche Revue von Fleischer, Jahrg. XI, Q. 3 S. 55—63) nachdrücklich hervorgehoben, aber von Landsbergs strafprocessualer Injurienklage erwarten wir, von dem kleinen Gebiete derselben ganz abzusehen, wenig Segen, zumal da gerade der Vortheil, mit dem man die Beibehaltung der Civilklage zu motivieren pflegte, die Nachlassung des Eides als Beweismittels, durch deren Herübernahme in den Strafprocess verloren ginge.

Je weniger wir uns mit dem Endresultat von Landsbergs Arbeit einverstanden erklären können, um so mehr fühlen wir uns verpflichtet, die zahlreichen Vorzüge derselben rühmend hervorzuheben. Das Buch verräth in der That ein grosses Geschick für die Behandlung historisch-dogmatischer Fragen und eine ganz vortreffliche Darstellungsgabe. Letztere wird auch der nicht in Abrede stellen, welcher an dem einen oder anderen Bilde, dessen sich der Verfasser bedient hat (s. z. B. S. 6 u. 13), Anstoss nimmt. Die grosse Herrschaft, die Landsberg über den Stoff erlangt hat, ermöglichte nicht nur eine gute Formulierung der eigenen Ansichten, sondern auch eine glückliche Polemik. Positive Unrichtigkeiten treten nur wenig entgegen; ich rechne zu diesen die Identificierung von malum carmen incantare und occentare (S. 29. 32), ein Fehler, dessen sich übrigens schon Rein, Criminalrecht S. 902 Anm. ** schuldig gemacht hat.

Halle a/S., im Juni 1887. E. Brunnenmeister.

Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse, Beitrag zur Erörterung der Eidesfrage von Dr. Gustav Demelius. Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig 1887. (152 S.)

Der Verfasser stellt sich zur Aufgabe eine exacte Darstellung des römischen Eidesrechts in seiner historischen Entwickelung. Das Resultat dieser Darstellung ist überraschend und höchst befriedigend; die Beweisführung erscheint zwingend.

I.

I. Die durchaus herrschende Meinung nimmt an, dass im römischen klassischen Prozess „ein allgemeiner Zwangseid über die Existenz des vom Kläger geltend gemachten Rechtes“ existirt habe, d. h. dass in jedem Prozesse der Kläger durch Eideszuschiebung in jure den Beklagten vor die Alternative gestellt habe: schwören, zurückschieben, oder zahlen. Ebenso übereinstimmend nimmt man an, dass im modernen Rechte der Eideszwang in diesem Sinne keine Stelle mehr finden kann. Die Gründe für diese Unmöglichkeit werden aus der Natur der Sache entnommen: da frägt es sich, ob und wieso bei den Römern ein so unpractisches Institut bestand. Konnte in der That in Rom der beklagte Besitzer gezwungen werden, das Eigenthum des

Digitized by Google

Klägers abzuschwören, wofern er nicht den Kläger seinerseits schwören lassen wollte? (Seite 10). „Und nun erst Zwangseid hereditatem actoris non esse, se filium actoris non esse, mulierem praegnantem non esse u. s. w.“ Konnte m. a. W. ein Zwangseid in allen Streitsachen deferirt werden? Und ferner, konnte ein Zwangseid in iure überhaupt nicht blos über das dare oportere, sondern auch über Thatsachen deferirt werden? Die erste Frage verneint der Verfasser aus allgemeinen Gründen, die zweite besonders deshalb, weil der Eid über einzelne Thatsachen sich nicht mit l. 56 D. 42. 1 verträgt, nach welcher Stelle dem ius iurandum in iure delatum wesentlich ist, „dass durch dasselbe Litiskontestation und Urtheil überflüssig gemacht, die Sache ausser Streit gesetzt und sofort executionsreif gemacht wird“ (Seite 16). Nun stehen aber in den Pandekten sowohl im Titel de iure iurando, als auch anderwärts eine ganze Anzahl Stellen, in denen unzweifelhaft von der Zuschiebung eines Eides auch über rem eius esse und auch über Einzelthatsachen die Rede ist. Hier sagt nun der Verfasser: Diese Stellen beziehen sich freilich auf Eideszuschiebung, aber nicht auf die Zuschiebung eines Zwangseides: Die Eideszuschiebuug, von der in jenen Stellen die Rede ist, versetzt den Beklagten nicht in die Zwangslage, in der sich im Vergleich zu dem völlig ungebundenen natürlich auch ein vor einer Alternative gestellter befindet; den Eid, von dem in jenen Stellen die Rede ist, kann der Beklagte ablehnen, ohne dass er dadurch dem Kläger zur Relation oder Zahlung verpflichtet würde. Schwört der Beklagte, so thut er dies durchaus freiwillig; es ist ein ius iurandum voluntarium, um welches es sich hier handelt, ein ius iurandum, welches, wenn vom Beklagten geschworen, eine exceptio, wenn vom Kläger geschworen, eine actio iuris iurandi erzeugt. Dies ius iurandum kann ebensowohl in iure, wie ohne Prozess vorkommen; es ist eine Art von Vertrag, allerdings bindend erst durch die Ableistung. „Von einem Schiedseidvertrage .. in dem Sinne, dass Deferent durch Annahme seitens des Gegners verpflichtet würde, es auf den Eid ankommen zu lassen, davon kommt in den Quellen nicht nur nichts vor, sondern es ergiebt sich aus ihnen im Gegentheil, dass erst die Ableistung des Eides Klage und Einrede begründet“ (S. 27 A. 5). Hiernach wäre der Schiedseidvertrag nach römischem Rechte eine Art von Realvertrag gewesen.

Nun hat es aber nach römischem Recht unzweifelhaft auch einen Zwangseid gegeben: Sagt doch l. 34 § 6 D. h. t. (12. 2): eum a quo jus jurandum petetur, solvere aut jurare cogam: Die nächste Aufgabe wird daher sein, das Quellenmaterial in der Weise zu ordnen, dass jener freiwillige Eid von diesem Zwangseide völlig gesondert wird, wobei sich zugleich ergeben wird, auf welches Gebiet der Zwangseid beschränkt ist. Zur Lösung dieser Aufgabe bedient sich der Verfasser derselben Handhabe, mit welcher Lenel die von den Compilatoren in einen Pandektentitel zusammengeworfenen Fragmente über fiducia und pignus auseinandergelegt hat, der Inscriptionen: Der Titel de iure iurando (12. 2) enthält zwei Excerptenreihen: Die eine

Digitized by Google

aus Ulpians 22., Paulus' 18. Buche ad edictum commentirt das Edict über den allgemeinen freiwilligen Eid: nach Lenel, dem sich der Verfasser anschliesst: Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit (sive cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum fuerit), eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo; die andere aus Ulpians 26., Paulus' 28. Buche ad edictum commentirt das unter dem Titel de rebus creditis hinter der Rubrik si certum petetur proponirt gewesene, uns in l. 34 § 6 fragmentarisch erhaltene Edict über den Zwangseid: . . . eum a quo iusiurandum petetur solvere aut iurare cogam. Das erstere bezieht sich ganz allgemein auf alle Rechts- und Streitverhältnisse, — denn es ist kein Grund vorhanden, den Parteieid irgend wann der Wirkung zu berauben, wenn die Parteien sich auf denselben geeinigt haben und er geschworen ist. Nur für den Zwangseid ist eine solche Allgemeinheit ganz unpassend. Aber schon die Stelle, die der Zwangseid im Edict hat, ergiebt die Beschränkung desselben auf gewisse Fälle. Er ist bei Gelegenheit einer bestimmten Klage: der Klage si certum petetur, proponirt, und bei dieser Klage ist er denn auch allein in Anwendung gekommen, und nicht allenfalls, wie Rudorff und Andere meinen, im Laufe der Zeit von ihr auf andere Klagen ausgedehnt worden. Diese Entdeckung, zu welcher der Verfasser durch die Beobachtung gekommen ist „in welch sorgloser, ich möchte beinahe sagen, harmloser Weise die Stellen des Digestentitels de iureiurando einmal für das iusiurandum in iure, das andere Mal für iusiurandum ex conventione angeführt und benutzt werden“ (S. 4), beweist wieder, dass auf dem Gebiete der Entjustinianisirung der Pandekten die Sicherheit der Resultate keineswegs von der Complicirtheit der Untersuchungen abhängig ist. Die Wissenschaft würde vielleicht schon früher durch dieselbe bereichert worden sein, wenn ihr nicht ein Hinderniss entgegengestanden hätte, welches der Verfasser sehr glücklich beseitigt: Dies Hinderniss war l. 34 pr. h. t. (Ulpianus libro 26 ad ed., also vom Zwangseid handelnd). Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet: etiam de operis iusiurandum deferri potest. Hier scheint deutlich ausgesprochen, dass sich das iusiurandum, der Zwangseid, auf Alles, d. h. auf alle Prozessarten bezieht. Allein der Verfasser bemerkt (S. 39), dass den Worten nach hier auf den Gegenstand des klägerischen Anspruchs Gewicht gelegt wird, nicht auf die Art der actio. Dies erklärt sich aber sehr leicht, wenn man bedenkt, dass die Klage si certum petetur ebensowohl de certa credita pecunia, als auch de certa credita re möglich war. Danach meint der Verfasser, dass die Worte hier bedeuten: Der Zwangseid finde ebensowohl bei der actio de certa credita pecunia, wie bei der actio de certa credita re statt, er umfasse also das ganze Gebiet der actio si certum petetur, aber auch nur dieses. Was die anhangsweise erwähnten operae betrifft, so wird (Seite 40—44) glaubhaft gemacht, dass zur Einklagung von operae libertorum die actio triticiaria, oder eine ihr ganz gleichgebildete Formel, sich vollständig eignete. Sonach

Digitized by Google

drückt diese Stelle, richtig verstanden, gerade das aus, wogegen sie bisher stets verwandt wurde, nämlich, dass der Zwangseid beschränkt ist auf die actio si certum petetur. In der Anwendung auf diese éine Klage ist aber der Zwangseid offenbar ebenso passend, wie er in der allgemeinen Ausdehnung, die ihm bisher vindicirt wurde, ungereimt ist. Denn dem Beklagten, welcher leugnet, dass er ein certum schulde, kann man wohl zumuthen, dass er dies eidlich erhärte; denn ob er schuldet oder nicht, muss er wissen; der Erbe aber und die andern secundär betheiligten Personen unterliegen bekanntlich dem Eideszwange nicht [vergl l. 42. D. 50. 17 (Gajus l. 9 ad ed.) und Seite 51 ff., sowie Paulus sent. II. 1, 4].

Das so gewonnene Resultat: Freiwilliger Eid nach dem edictum de iure iurando (welches sich an dasjenige de interrogationibus in iure faciendis anschliesst) bei allen Rechtsverhältnissen, Zwangseid nur im Anwendungsgebiete und nach dem Edikte der actio si certum petetur, wird nun dahin verwerthet, dass die Gegensätze bei der rechtlichen Behandlung beider Arten des Eides an der Hand der Römer überschaut werden. Es sind folgende: a) Conventionaleid — Zwangseid (Seite 26 folg.). b) Delation beiden Theilen zustehend — Delation ausschliesslich Recht des Klägers (Seite 29 folg.). c) Das Eidesthema durch den Parteiwillen bestimmt — Eidesthema gegeben durch die Klageformel (Seite 31 folg.). d) Actio ex iure iurando — Execution (Seite 34 folg.).

Allein es giebt noch einige Fälle von zwingender Eidesdelation ausserhalb des ed. si certum petetur (§ 9 Seite 58 folg.), nämlich:

1. Bei der actio rerum amotarum (Ulpian l. 11 l. 13 D. 25. 2). Dies findet seine ausreichende Erklärung in Folgendem: „Leicht konnte es für den benachtheiligten, gewesenen Ehegatten ganz unmöglich sein, den Beweis zu führen, dass ein divortii causa amovisse seitens des andern Theiles stattgefunden hat . . Dazu kommt noch, dass der Beweis des amovisse zu Erörterungen führen, Einblicke in das Innere des häuslichen und ehelichen Lebens eröffnen könnte, welche zu vermeiden der klagende Theil in hohem Grade interessiert ist“ (Seite 61).
2. Bei Noxalklagen ergiebt sich Eideszwang bezüglich der potestas über den servus noxius (im ed. nach l. 21 § 2 D. 9, 4 vorgesehen: deierare iubebo in potestate sua non esse etc.) aus Folgendem: „Der Unfreie ist eben selbst im Stande, an den Umtrieben seines Herrn wirksamst Theil zu nehmen, und auch gewiss bereit, sich drohender noxae deditio entziehen zu helfen. Gegen solche Dinge will das Edict den Noxalkläger einigermassen schützen durch Eideszwang bezw. iudicium sine noxae deditione“ (Seite 63, vergl. auch Seite 62).
3. Nach der l. Cornelia de iniuriis und
4. beim furtum gab es nach zwei abgerissenen Notizen in den Pandekten (Ulp. l. 5 § 8 D. 47. 10 und Paulus l. 12 D. 45. 2) ebenfalls Zwangseide, für welche sich specielle Motive unschwer

Digitized by Google

denken lassen. Endlich ist zu begreifen, dass auch die Abart der actio de certa credita pecunia, welche unter dem Namen: actio de pecunia constituta figurirt, ihr ius iurandum necessarium hatte (§ 10 Seite 64 folg.); freilich gehört von den drei Stellen, „aus welchen man das Vorkommen von Eideszwang bei der actio de constituta pecunia gefolgert hat (S. 64 folg.)", nur l. 14 h. t. von Paulus zum ius iurandum necessarium: l. 25 § 1 D. 13. 5 und l. 36 h. t. beziehen sich vielmehr auf das ius iurandum voluntarium.

Nach einem Rückblick, der die Brauchbarkeit der gewonnenen Resultate überaus deutlich macht, folgt noch eine Auseinandersetzung mit Bethmann-Hollweg darüber, ob das ius iurandum necessarium Vertragsnatur hat, und eine solche mit Schultze darüber, ob dasselbe rechtskräftiges eidliches Parteiurtheil ist (§ 12 Seite 77 folg.).

II. Demnächst wird das im bisherigen Verlauf der Darstellung übergangene ius iurandum iudiciale, der Eid in iudicio behandelt. Hier schliesst sich der Verfasser der von Bethmann-Hollweg verfochtenen, höchst plausiblen Ansicht an: „ „Da jedes iudicium mit dem Urtheil endet, dieses aber durchaus von der Ueberzeugung des Geschworenen abhängt, so kann der Eid nicht die Stelle des Urtheils vertreten, sondern nur, wie andere Beweise, dasselbe mittelbar bestimmen" " (Römischer Civilprocess II. S. 583—585, citirt S. 85). § 14 ist der Widerlegung des von Savigny gegen diese Meinung unternommenen Quellenbeweises gewidmet, der sich bei der Spärlichkeit des über das Verfahren in iudicio überlieferten Quellenmaterials auf drei Stellen beschränkt. Dies sind l. 34 § 8 und l. 34 § 9 h. t. und l. 25 § 3 D. 22. 3. Allein der interpolirte Zustand dieser Stellen ist, wie dies der Verfasser ausführt, völlig klar ersichtlich, und sie beweisen daher für das classische Prozessrecht auch nicht das allermindeste. Ohne die Stütze der interpolirten Stellen vermögen natürlich Seneca contr. VII praef. und l. 21 D. 4. 3 nichts, von c. 10 C. h. t. (4, 1) ganz zu schweigen, Einen losen Anhalt für Bethmann-Hollweg und den Verfasser gewährt l. 31 h. t. von Gajus, auf die indess kein entscheidendes Gewicht gelegt wird, einen bedeutenderen Quintilian inst. oratt. V. 6 p. 219 (ed. Halm), welcher Stelle § 15 (S. 96 f.) gewidmet ist.

Das ius iurandum in iudicio erscheint also, da „das Verfahren in iudicio den Zu- und Rückschiebungsmechanismus des gemeinrechtlichen Haupteides nicht kennt, also die Rechtswirkung des judiciellen Eides nicht auf formell feststellender Parteidisposition beruht, wirksam als Beweismittel" (§ 16). Dies gilt gleichmässig für den Fall, dass eine Partei sich selbst zur Beeidigung erbietet, (1) wie für den, dass sie den Antrag auf Vereidigung des Gegners stellt (2), mag nun der Gegner mit dem jeweiligen Verlangen (1 oder 2) einverstanden sein (A) oder nicht (B). Die Ausschwörung, die Recusation, und was sich sonst ergeben mag, wirkt nur auf die Ueberzeugung des Iudex (der geschworen hat, ex animi sui sententia zu urtheilen) und bewirkt nicht nach dem Gesichtspunkte der Parteidisposition eine Aenderung

Digitized by Google

seines officii. Das römische Iudicium kennt den „Haupteid" nicht. Daher „trägt jeder Eid, zu dem es vor den Geschworenen kommt, einen und denselben processualen Character" (S. 109 im Beginn des § 17). Die Eidesverfügung ist Interlokut, nicht Bedingung des Endurtheils (§ 17).

III. Im nachklassischen Recht (§ 18 folg.) ist das ius iurandum voluntarium wenig verändert worden; was das necessarium anlangt aber wurde mit dem Aufhören der übrigen Eigenthümlichkeiten der actio si certum petetur auch die specielle Beziehung des prätorischen Eideszwanges auf diese Klage unpractisch. Wie aus dem Mangel an erhaltenen Constitutionen zu schliessen (§ 21 S. 135) wurde gewohnheitsrechtlich die allgemeine zwingende Eidesdelation zum iurare aut referre eingeführt, dagegen dieser Eideszwang andererseits beschränkt auf die für das Urtheil erheblichen Thatsachen. Justinians Eidesgesetze, c. c. 11 und 12 C. 4. 1 handeln nur vom Thatsacheneid (§ 20) und schon die Westgothen „haben vom alten ius iurandum necessarium des ed. si cert. pet. gar keinen Begriff gehabt, weil sie dasselbe gar nicht mehr in Uebung gefunden" (S. 130); denn Paulus sent. II. 1. 1, 2 lautet bei ihnen: 1. In pecuniariis causis si alter ex litigatoribus iusiurandum deferat, audiendus est: hoc enim et compendio litium et aequitatis ratione prouisum est. 2. Deferre iusiurandum prior actor potest: contrarium autem de calumnia iusiurandum res competit. Aus § 1 folgt, dass sie den Zwangseid bereits auf alle pecuniariae causae beziehen, dass also zu ihrer Zeit der Zwangseid bereits seine ursprüngliche Beziehung auf die actio si certum petetur eingebüsst hatte. (In l. 34 pr. hatte Ulpian gesagt: et ad pecunias et ad res omnes.) § 2 mit seiner Interpretatio zeigt, dass ihnen das Verständniss für das Wesen des Calumnieneides abhanden gekommen war. Denn während nach classischem Recht man einen Calumnieneid zu verlangen berechtigt war, giebt die Interpretatio dem Beklagten das Recht, solchen Eid selber zu schwören. So sind § 1 und 2 ein weiterer interessanter Beweis zu dem von Stampe Compensation S. 93 und dem von l. 24 pr. D. 4. 4 gelieferten, dafür, dass die Westgothen bei Paulus' Sentenzen auch positiv interpolirend vorgegangen sind.

Das Bestreben der Byzantiner bei Abfassung der Pandekten geht dahin, „die specielle Beziehung des solvere aut iurare cogam auf die Klagsachen des ed. si cert. pet." vollständig zu verwischen, und ferner „erscheinen sowohl im Digesten- als Kodextitel die von den drei alten Eidesarten handelnden Stellen in einer Weise zusammengestellt, oder vielmehr durcheinandergeworfen, dass man daraus schliessen muss, um Aufrechterhaltung und Beleuchtung des alten Eidesrechtes sei es den Compilatoren keineswegs zu thun gewesen (S. 138). Um ganz klar zu legen, dass sich das iusiurandum in iure delatum nunmehr in ein iusiurandum in iudicio (im nachklassischem Sinne) delatum verwandelt habe, und als solches nunmehr den Gegensatz bilde gegen das aussergerichtliche iusiurandum voluntarium, schaltete man in die Pandekten l. 34 § 8 und 9 h. t. und l. 25 § 3 D. 22. 3 ein, und schob

Digitized by Google

vielleicht in L. 17 § 1 und L. 28 § 10 h. t. die Worte: extra iudicium hinter ex conventione ein (S. 139).

Mit diesen Ausführungen stimmt überein der Bericht des Stephanus: schol. ad bas. 22, 5 c. 1 (§ 22).

II.

Während der Verfasser bei der Bestimmung des Inhalts und das Anwendungsbietes der Edicte über den Eid reformatorisch auftritt, schliesst er sich in Betreff der Form der Edicte den Pandekten an, und acceptirt lediglich die Beobachtung Lenels, dass sie uns nur fragmentarisch erhalten sind. Aber auch in formeller Beziehung sind die Pandekten nicht klassisch.

I. Das Edikt über den Zwangseid soll lauten: ... eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam.

Aber warum ist denn stets im Commentar vom deferre die Rede, wenn hier petere ius iurandum stand? Und ferner, wurde der Eid gefordert? Der Verfasser selbst bringt uns auf die nothwendige Verbesserung, indem er bemerkt, dass die Compilatoren die Beziehung des edictum über den Zwangseid auf die actio si certum petetur stets zu tilgen suchten. Dies musste sie veranlassen, statt einer Bezeichnung dieser Klage ein allgemeines Wort einzusetzen. Und in der That, die Aenderung ist hier leicht zu erkennen! Wen will der Prätor zwingen, zu zahlen oder zu schwören? Den Beklagten bei der erwähnten Klage: eum a quo certum petetur. So stand der Passus jedenfalls im Edict; er wurde von den Compilatoren in der verallgemeinernden Weise geändert, indem statt certum ein ius iurandum gesetzt wurde; auch das andere Eidesedict sagte: si is cum quo agetur.

II. Das Edict über den Conventionaleid giebt der Verfasser (Leneln folgend) so wieder: Si is cum quo agetur, condicione delata iurauerit (siue cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum fuerit) eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.

Lässt man nun hierbei die restituirten Worte siue — remissum fuerit noch bei Seite, so bleibt doch manches Bedenken.

In Ulpians Commentar ist direct nach dem Citat aus dem Edict die Rede von „eius rei“ (L. 7) und von „actionem non dabo“ (L. 7, 9 pr.), nicht aber von „de qua iusiurandum delatum fuerit“: im Gegentheil, es heisst „de eo quod iuratum est“ und „nam posteaquam iuratum est“ (L. 7 und L. 9 pr.), und in der Erklärung des eius rei: siue de tota re siue de parte sit iuratum. Dies erregt schwere Bedenken gegen das inhaltlich überflüssige Komma „de qua iusiurandum delatum fuerit“; ob das Edict „eius rei de qua“, und nicht vielmehr „eius rei qua de re“ sagte (vergl. Kalb das Juristenlatein S. 27), ob es fuerit so ohne Noth statt erit gebrauchte, sind Fragen, die hier nur angedeutet werden sollen; lehrreich ist für den Unterschied zwischen factum erit und factum fuerit namentlich das Edict der aediles curules. Dies Alles lässt vermuthen, dass die Worte — de qua iusiurandum

Digitized by Google

delatum fuerit — nicht edictal sind. Das Edikt sprach vorher non condicione delata, und sollte nun gleich noch einmal von iusiurandum delatum sprechen? Dahingestellt bleibe, ob die Worte Ulpian oder einem Glossator oder einem Interpolator angehören[1]).

Edictal sind sie schwerlich. Das Edikt lautete wohl: Si [Qua de re?] is cum quo agetur condicione delata iurauerit, eius rei neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.

III.

Endlich sei noch hervorgehoben, dass in einem Punkte die Darstellung des Verfassers einige Zweifel beim Referenten erweckt hat: dieser Punkt ist die Relation des Eides. Nach des Verfassers Ansicht war Relation mit Zwangswirkung nur bei dem Zwangseide des ed. si certum petetur möglich, nicht beim iusiurandum voluntarium, dem Conventionaleid.

Aber L. 25 pr. D. 13, 5 (Pap.), die nach des Verfassers wohlbegründeter Meinung vom iusiurandum voluntarium handelt, redet von einer referendi necessitas, die doch kaum ausgesprochen werden konnte, wenn der Beklagte beim Conventionaleid nicht die Befugniss des Referirens mit Zwangswirkung gehabt hätte; daher wird es zweifelhaft, ob nicht das Angebot beim Conventionaleid zugleich das bindende Angebot eigenen Eides über das Gegentheil war.

Was aber die Zurückschiebung des Zwangseides betrifft, so bekennt Referent, schwere Bedenken gegen dieselbe, in der Form wenigstens, wie sie überliefert ist, zu hegen, ohne dass ihm ein festes Resultat aus den Quellen hervorzuleuchten scheint. Ait praetor: „eum a quo *certum* petetur, solvere aut iurare cogam". Hier fehlt vorher die Erwähnung der condicio delata von Seiten des „qui certum petet", fehlt sicher die Erwähnung des Calumnieneides; aber sollte auch die Relation von den Compilatoren weggeschnitten sein? Nach dem kategorischen: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: (si non iurat, solvere cogendus erit a praetore) ist schon die dritte Möglichkeit: den Calumnieneid zuzuschieben, nur dadurch erklärlich, dass diese im Edict schon vorher abgehandelt war (etwa so: Delata in iure condicione si non per eum qui certum petet, steterit, quo minus de calumnia iuret ... cfr. c. 9 C. h. t. (4, 1) und die editio der argentarii, Lenel, bei Bruns Fontes S. 189), und die vierte des referre nimmt sich ganz absonderlich aus: datur autem et alia facultas reo. ... Aber alterum eligat! wie kommt da neben die beiden altera noch das aliud? Möglich wäre, dass in § 7 noch des gewöhnlichen calumniae iudicium gedacht war, das, nach Gajus IV. 181, nur bevor es zu sponsio und restipulatio kam, beantragt werden konnte und die Wetten ausschloss. Jedenfalls verträgt sich die Relation sehr schlecht mit dem Calumnien-

[1]) Gegen die erste der drei Möglichkeiten spricht, dass die Worte cui iusiurandum delatum est am Schluss der Stelle noch einmal sinnstörend stehen.


Digitized by Google

eid, auch wenn man annimmt (wie dies der Verfasser thut), dass der Beklagte entweder Calumnieneid fordern, oder selbst schwören musste. Denn wenn man sich durch den Calumnieneid die Relationsbefugniss abschnitt, war seine Hülfe wenig werthvoll.

Zu beachten ist, dass Paulus, sent. II. 1, 2: deferre iusiurandum prior actor potest: contrarium autem de calumnia iusiurandum reo competit, von der Relation anscheinend nichts weiss, und dass die Worte — nisi referat iusiurandum — selbst in Diocletians c. 9 C. h. t, sehr wie ein aufgesetzter Flicken aussehen. L. 34 pr. mit dem in dieser Bedeutung wohl nur in c. 12 § 1 h. t. (Justinian) wiederkehrenden relationem kann auch vom Calumnieneid gehandelt haben.

Von der andern Seite leugnet Referent nicht die Kraft der argumenta a contrario, welche daraus, dass beim voluntarium und einzelnen Specialfällen des necessarium die Relation ausdrücklich abgeschnitten wird (§ 17 pr. h. t. L. 11 § ult. — L. 13 D. 25, 2), für die Möglichkeit derselben beim Zwangseid des ed. si certum petetur geschöpft werden können: die in den Pandekten normirte Relationsbefugniss ist für das klassische Recht nur zweifelhaft. — Vielleicht genügte als Schutzmittel gegen iniuria der Calumnieneid, vielleicht sind die Worte der L. 34 § 7: Si is qui (certum?) petet condicione [jurisjurandi] non utetur, judicium ei (non dabo) ein eigenes Edikt zum Schutz des Beklagten.

Berlin, im Juni 1887.

Otto Gradenwitz.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zum Wörterbuche
der
klassischen Rechtswissenschaft.

Der Wortindex zu den Digesten, über welchen von der Leyen in dieser Zeitschrift (IV, IX) berichtet hat, ist in der Handschrift nahezu abgeschlossen; er wird bereits zum grösseren Teile auf der Königl. Bibliothek in Berlin aufbewahrt, und damit ist dem Publicum Einsicht und Benutzung ermöglicht. Im Verfolge dieser Arbeit hat die Kommission der Berliner Akademie der Wissenschaften für die Savignystiftung, z. Z. gebildet durch die Professoren H. Brunner, Th. Mommsen, A. Pernice, mit den der Akademie zur Verwendung zustehenden Geldmitteln der Stiftung die Bearbeitung eines auf jenen Index gegründeten Wörterbuches der klassischen Rechtswissenschaft in Angriff genommen. Die Ausführung dieser Arbeit ist den Herren Dr. iur. O. Gradenwitz, Privatdocenten a. d. Univ. Berlin (Karlsbad 33), Dr. phil. B. Kübler (Berlin, Regentenstrasse 8) und Dr. phil. Ernst Schulze (Berlin, Lützowstrasse 12) übertragen. Die folgenden Artikel sind Proben des Unternehmens, bei deren Entwerfung indes den Bearbeitern das Wortverzeichnis für die letzten 20 Bücher der Digesten und für die selbständig erhaltenen Schriften des Gaius, Ulpian und Paulus noch nicht vorlag. Sie werden jetzt und hier veröffentlicht, um die Juristen und Philologen, die es angeht, in den Stand zu setzen, die beabsichtigte Einrichtung und Behandlung des Werkes zu prüfen. Bei den grossen Schwierigkeiten, welche die innere Anlage wie die technische Ausführung der Arbeit machen, werden sachverständige Ratschläge in der

Digitized by Google

einen wie der andern Hinsicht willkommen sein, sei es dass sie als gedruckte Kritik auftreten (diese Zeitschrift steht dafür zur Verfügung), sei es dass sie privat an einen der oben genannten Herausgeber oder an eines der Commissionsmitglieder gerichtet werden. Sie werden erklärlicherweise um so mehr Berücksichtigung finden, je früher sie eintreffen; denn nach Ausarbeitung eines grössern Teiles des Werkes werden Aenderungen des Systemes kaum mehr durchzuführen sein.

Delegare I. *alicui aliquid* = *mandare. Pap.* 1, 21, 1 *pr.* lege vel senatusconsulto delegata exercitio publici iudicii. *Ulp.* 11, 7, 12, 4 delegatum id munus. 26, 7, 3, 3 cui testator delegavit *(tutelam)*; *in specie ex eo quod nobis mandatum est aliquid alteri mandare. Ped. ap. Paul.* 4, 8, 32, 16 idque delegari non posse *(quemadmodum satis dandum sit). Ulp.* 39, 2, 1 magistratibus municipalibus delegandum hoc putavit. *Paul.* 11, 6, 2, 1 Titio id delegaveris *(ut mensuram agri ageret).* — *Scaev.* 34, 1, 15, 1 mancipia delegata = *commodata et* 31, 88, 15 pensiones sibi debitas creditrici delegaverit = *cesserit?* (*cfr. Ulp.* 35, 1, 41 legata sub condicione relicta . . delegari non potuerunt?). — *Iavol. (Lab. Treb.?)* 24, 3, 66, 2 dotem *pro virum debitorem dotis.*
II. *alicui aliquem sive nomen alicuius; defin. Ulp.* 46, 2, 11 *pr.* delegare est vice sua dare alium reum creditori vel cui iusserit *Sic iam apud Ciceronem nonnumquam invenitur, sed raro apud ICtos qui sunt ante Iul., saepissime apud Pap. et post Pap. De obligatione quae litteris fiebat Gai.* III, 130. *Quae in D. leguntur (nisi forte Pap.* 19, 5, 9 *et Ulp.* 37, 6, 1, 12 *vox* 'nomen delegare' *litt. obl. nis indicium est), ad stipulationem (vel ad litis contestationem) referenda significant vel iussum promittendi solum Cels.* 39, 5, 21 *pr.* delegante me promisisti *Pomp.* 47, 2, 76, *Marcell.* 23, 3, 59 *pr. Tryph.* 46, 2, 33. *Pap.* 46, 2, 27. *Ulp.* 4, 2, 23, 4; 46, 2, 17 delegare scriptura vel nutu . . quis potest. *Paul.* 8, 1, 37, 4. *Herm.* 39, 5, 33, 3.
vel ipsam promissionem cum iussu (sic in omnibus quae sequuntur); itaque comparantur inter se delegare et novare Iavol. 24, 3, 66, 2. *Pomp.* 46, 3, 19. *Paul.* 12, 2, 26, 2.

Digitized by Google

Sine accusativo *et in omnibus locis quos citavimus* (*except.* 46, 2, 17 *et* 47, 2, 76) *et Tryph.* 23, 3, 78, 5. *Pap.* 4, 3, 19, 3. *Ulp.* 46, 2, 4, 13. *Paul.* 44, 4, 5, 5. 46, 2, 12 *et* 19. 46, 3, 15. *Delegamus* *a)* debitorem *Iul.* 16, 1, 19, 5. 39, 6, 18, 1. 46, 1, 18. *Venul.* 46, 2, 31, 1. *Pap.* 16, 1, 27, 2. *Ulp.* 16, 1, 8, 2—5 *cfr.* 6. 44, 5, 1, 11. 46, 2, 4 *(ter) et* 13 *(bis) et* 17. *Paul.* 15, 1, 48, 1. 16, 1, 24 *pr. et* 1. 17, 1, 21, 2 *et* 26, 2 *et* 45, 7. 23, 3, 56 *pr.* 26, 8, 18, 1. 46, 2, 12. *Herm.* 44, 4, 16. *b) eum qui licet debitor non dicatur, tamen est debitor.* creditorem: *Nerat. ap. Ulp.* 23, 3. 58. emptorem *Afr.* 16, 1, 17 *pr. Gai.* 16, 1, 5. *Pap.* 13, 7, 42. *Ulp.* 38, 5, 1, 16. libertum *Marcell. ap. Ulp.* 12, 6, 26, 12. *Ulp.* 44, 5, 1, 10. *Paul.* 38, 1, 37, 4. alios: *Pomp.* 47, 2, 76 (me . . . *falsus procurator*). *Ulp.* 16, 1, 83 (reum). 17, 1, 10, 6 (eum qui mandatu meo stipulatus est). *Paul.* 34, 3, 29 (eum *[debitorem]* qui nihil capit). 46, 2, 19 (quendam *[qui erat debitor]*). *c)* eum qui donaturus est *Cels.* 39, 5, 21 *pr. Venul.* 46, 2, 33. *Paul.* 42, 1, 41 *pr.* 44, 4, 5, 5. *Ulp.* 40, 1, 4, 1 se *delegante.* Singularia *sunt cum Marcell. ap. Ulp.* 12, 6, 26, 12 delegatus officiales operas *(locus u. v. corruptus) Paul.* 14, 5, 8 delegatus dare pretium hordei. 23, 3, 56 *pr.* in dotem delegatus, *tum quae citavimus sub I in fin.* Paroemia iuris: *Ulp.* 16, 1, 8, 3 (*Paul.* 38, 1, 37, 4) solvit qui reum delegat, *sed (Iul.* 46, 1, 18; *Paul.* 17, 1, 22, 2 *et* 45, 7) non cum periculo debitoris ab eo stipuletur. III. *Raro solvendi, non promittendi iussum significare videtur: Pap.* 12, 6, 57, 1 ut maior pecunia solveretur delegavit. 46, 3, 96 *pr.* tutore delegante solvit. *Ulp.* 47, 2, 43, 2 delegaverit solvendum. *cfr. Paul.* 14, 5, 8 delegatus dare pretium hordei, *Nerat. ap. Ulp.* 23, 3, 58 delegavit ut daret. G.

Delegatio = *actus delegandi (12 in D.: 3 ante Pap., 7 Pap., 1 Ulp., 1 Paul.). Iul.* 16, 1, 19, 5 delegatione mulieris facta; *Marc.* 23, 3, 59 *pr. (Trib.?)* delegatione . . . minime optinente. *Pap.* 2, 14, 40, 2. 13, 1, 17. 14, 3, 19, 3. 18, 2, 20. 21, 2, 68, 1. 31, 77, 18. 46, 3, 96, 2. *Pap. Vat.* 260, 263. *Ulp.* 46, 2, 11, 1 fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem. *Paul.* 38, 1, 37, 4 solutionis vicem continet haec delegatio. *Scaev.* 15, 1, 51 delegatio pro iusta praestatione est *hoc verbo pro cessionis utitur.* G.

Delegatus, ūs = *delegatio Ulp.* 44, 4, 4, 26 debitor ex delegatu pupilli pecuniam solvat. G.

Licentia = *potestas, facultas. Tryph.* 3, 5, 37 licentia qua videntur abuti. *Arc. Char.* 22, 5, 1, 2 ex constitutionibus principum . . . haec licentia ad sufficientem numerum testium coartatur. 1, 1, 11, 1 *pr.* data est plenior licentia ad emendationem.

Licentiam dare, denegare (habere, esse, consequi) *in D. pro permittere, licere etc.; qui loci habent gerundium num Trib. sint dubitari potest, de ceteris non potest. Iul.*

Digitized by Google

24, 2, 6 licentiam habere migrare *(bis)*. *Pomp.* 40, 13, 3 ad libertatem proclamandi licentiam denegari *(bis)*. *Ulp.* 1, 12, 1, 3 relegandi deportandique . . . licentiam habet. 2, 1, 3 iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. 7, 6, 5, 6 consequatur fructuarius fruendi licentiam proprietatis dominus, ne inquietetur (*cfr.* 7, 1, 13 *pr.*). 10, 3, 7, 12 licentia non denegatur . . . debitum offerre. 23, 1, 12, 1 a patre dissentiendi licentia conceditur. 24, 1, 13, 1 non adimatur licentia marito eam revocare. 24, 3, 22, 7 *et* 8 licentia erit . . . nuntium mittere; licentiam habeat . . . adire. 26, 7, 1, 2 licentia igitur erit utrum malint. 1, 3 vocare. 40, 12, 1 *pr.* dari licentiam pro eo litigare. *Paul.* 9, 4, 4, 3 licentia agenti est, ad noxalem causam transire. 22, 3, 25, 3 licentia concedenda est ei . . . ius iurandum ferre. 30, 33 non habeat licentiam altero electo ad alterum transire. (*Call.* 4, 4, 45, 1). G.

Penes *(a penore dictum? penes me = quod domi meae est), alternante apud, in multis locutionibus, quae vel ex ed. praet. vel ex lege aliqua vel ex singulari quodam usu proficiscuntur, ponitur a ICtis; neque apud Gai. neque apud Marcell. unquam neque apud Scaev. nisi in negotiorum contextu, semel apud Cels., referente Ulp., bis apud, Pap., apud ceteros pro numero locorum ex iis excerptorum saepius aut rarius.*

I. *In interdictis:* A. De tab. exhib. *ref. Ulp.* (43, 5, 1 *pr.*) *ait praetor:* 'si hae penes te sunt', *unde Ulp.* 43, 5, 1, 1 *et* 3, 4 *et* 3, 6. 29, 3, 2, 8. *contra in int. de liberis exhibendis fuit* 'apud te' (43, 30, 1 *pr.*), *unde Ulp.* 50, 16, 63 penes te amplius est quam apud te B. *Item penes verbo praetor usus videtur esse in int.* utrubi (*cfr. loc. corr. Gai.* IV, 174), *unde manarunt Iav.* 41, 3, 23, 2. *Paul.* 41, 2, 14 *pr. cfr. quae* de precario *dicit Pomp.* 43, 26, 15, 4 *(ter)*.

II. *In edicto de peculio* (15, 2, 1 *pr.) comma fuisse* 'penes quem peculium est' *multi loci docent:* *Sab. et Cass. apud Ulp.* 24, 3, 22, 12. *Iav.* 15, 1, 33 *et* 35. *Iul.* 15, 1, 12. *Afr.* 19, 1, 30 *pr.* *Caec. apud Ulp.* 15, 2, 1, 7. *Pomp.* 15, 1, 34. *Ulp. (Iul.?)* 15, 1, 32 *pr. (bis)*. 33, 4, 1, 10. *cfr. Alf. Var.* 15, 3, 16 cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent.

III. De aliis iuris universitatibus. A. Dos *utrum remaneat penes maritum necne disputant Lab. (ref. Iav.)* 24, 3, 66, 3 (*cfr. Pomp.* 23, 3, 18). *Afr.* 23, 3, 50 *pr.* *Pomp.* 23, 3, 66. *Ulp. (Marcell.?)* 48, 20, 5, 1. *(Cels.?)* 11, 7, 22. *reg.* 6, 4, 5.
B. *Tutelae nomine num sit sive remaneat penes tutorem aliquid quaerunt Pomp.* 27, 7, 1, 1. *Ulp.* 26, 7, 7, 8 *(bis) et* 10. 27, 2, 3, 4. *Mod.* 34, 3, 20, 1. *sic et ipsam* tutelam *penes patronos esse dicit Ulp. (Lab.?)* 26, 4, 3, 5 (*cfr.* VIII.). C. Hereditatis *nomine quid remanere oporteat tractatur a Iul.* 36, 1, 28, 16 *(ter)*. *Pomp. (Ar.?)* 36, 1, 74. *Ulp.* 7, 4, 16. 33, 2, 9. 40, 5, 26, 6. *cfr.* 36, 4, 1, 2. *Paul.* 32, 4 habet penes se legatum.

IV. *Unde generaliter verbis* '*penes aliquem remanere*

Digitized by Google

sive residere' si quis rationem reddit *tam id quod apud eum remanere quam id quod ab eo restitui debet, significatur: Alf. ap. Paul.* 5, 4, 9. *Lab. ap. Paul.* 48, 13, 11, 6. *Ner. (Ar.)* 18, 3, 5. *Iul.* 10, 2, 52, 1. *Pap. Vat. (Serv.?)* 294, 1. *Paul.* I, 9, 7. II, 23, 5. III, 7, 1 et communem rem *penes alterutrum esse dicunt Alf.* 10, 3, 26. *Paul.* 17, 2, 65, 14 *(bis). cfr. Iul.* 12, 1, 20 . . . non ea mente daretur, ut omni modo penes accipientem maneret. V. *Videntur et in* iure commercii *tractando et in* negotiis perscribendis *saepius penes verbo usi esse: vide* testamenta *Scaev.* 33, 1, 21, 4. 34, 3, 28, 7. *Pap.* 34, 1, 9 *pr. Mod.* 31, 34, 3. epistulas *quae ad constitutum debiti prope accedunt Scaev.* 13, 5, 26. 14, 3, 20. licitationes. *Ulp.* 18, 2, 6, 1 penes eum emptum remanserit. *cfr. Paul.* 39, 3, 9, *pr.* 10, 3, 19, 3 (*aliter Herm.* 4, 4, 35) *Ulp.* 42, 1, 15, 11 si pecunia penes argentarios sit, *mox,* si penes alium. VI. 'Is penes quem depositum est' *Ulp. (Iul.?)* 16, 3, 1, 33. 29, 2, 28 (*cfr.* 13, 6, 5, 2 is penes quem deponitur) *et Paul.* 16, 3, 29 *pr. et* 1. 48, 19, 38, 9 *Coll.* 10, 7, 8. *contra Pap.* 45, 2, 9, 1 in deponendo penes duos *cfr.* 36, 2, 26, 1 penes quem voluit pecuniam collocari. *Sab. ap. Ulp.* 13, 6, 5, 14 *(bis)* eum penes quem relictum est. *Paul.* II, 31, 5 penes quem res concepta V, 23, 18 reperti VII. Possessio *penes aliquem est in Iuliani digestorum libro 44 bis* (*(Serv.?)* 41, 1, 37 *pr.* 41, 5, 2, 2) *quos locos vereor ne mutarit Trib. cfr. Pap. Vat.* 294, 1. *similiter Paul.* I, 11, 1. *Ulp.* 24, 1, 7, 8 dominio penes se remanente. *Paul.* 44, 4, 9 pecunia iustius penes eum est. VIII. *Pomp.* 1, 2, 2, 16 penes quos summum ius uti esset *e lege vetere videtur desumptum. cfr. quae* translate *dicunt Alf.* 9, 2, 52, 1. *Ulp.* 9, 3, 14 culpa penes aliquem residet *sive* est, *et Paul.* 46, 1, 67 iniuriam penes te manere quam ad alium transferri aequius est. *cfr. Ulp.* 26, 4, 3, 5 (III). G.

Offendere *neque apud Gaium neque apud Paulum invenitur.* I. *Intransitive dictum, cum Dativo conjunctum, bis legitur: Pap.* 22, 1, 1, *pr.* ita tamen, ut legi non offendat. *Ulp.* D. 8, 2, 15. inter servitutes ne luminibus officiatur et ne prospectui offendatur aliud et aliud observatur. *Obiecto caret quater: Marc. ap. Ulp.* 31, 24. petere posse ait eos, qui non offenderint. *Pap.* 31, 77, 25 videtur omnibus liberis, etsi non aequaliter promeruerint, fideicommissum relictum, quibus matris electione cessante sufficiet, si non offenderint. *Pap.* 40, 4, 51, *pr.* quod si neminem elegerit, eos solos non admitti, qui offenderunt. *ibid.* si nemo servorum offenderit. II. *Transitive dicitur:* a) aliquem: *Labeo ap. Ulp.* 43, 24, 1, 10 ne offenderet vel te vel eum, qui te magni faciebat etc. *Pap.* 39, 5, 31, 1. *Vat.* 254 nec matrem offensam repetitionem habere. *Pap.? ibid.* si mater iure contra filiam offensa. *Ulp.* 12, 4, 5, 3 ille manumittere nolit propter fugam offensus. 28, 4, 2 quia unum heredem offensum

Digitized by Google

habuit. 28, 5, 35, 3 quia dominum offenderat. 32, 11, 8. 40, 5, 46, 3 si te non offenderit. 44, 5, 1, 5 si patronum libertus offenderit. 49, 12, 1 nec utetur hoc praetextu, quasi ad offensum iudicem non debeat experiri. b) aliquam rem: legem: *Pap.* 5, 1, 40, 1 iudex si quid adversus legis praeceptum in iudicando dolo malo praetermiserit, legem offendit. senatus consultum: *Ulp.* 14, 6, 3, 3 is solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio f. dedit. edictum: *Ulp.* 29, 4, 6, 2 vel quia alia causa intercessit, quae secundum ea, quae supra scripta sunt, non offendit edictum. sententiam: *Ulp.* 7, 8, 12, 6 nec offendetur illa Sabini sententia. pietatis rationem: *Ulp.* 21, 1, 35 si separari non possunt *(mancipia)* sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensam. K.

Laedere = *damnum inferre alicui*, laedi = *damnum pati: Paul.* 4, 6, 44 is qui rei publicae causa abest, in aliqua re laesus non restituitur, in qua, etiamsi rei publicae causa non afuisset, damnum erat passurus. Ia. aliquem: *Gai.* III, 219 si is aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. *Callistr.* 14, 2, 4, 2 quia iactus hunc laesit. *Ulp.* 1, 1, 10, 1 iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere etc. 1, 7, 39 divus Marcus rescripsit: . . . adhibitis etiam his, qui contra dicent, id est qui laederentur confirmatione adoptionis. 2, 2, 3, 2 non solum eo postulante, qui ab eo laesus est. *Paul.* 9, 1, 2, 1 si quis . . a feroce cane laesus esset. 22, 6, 9, *pr.* quod et in feminis . . dicitur, et ideo, sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. 47, 7, 8 *pr.* facienda aestimatione, quanti domini intersit non laedi (caedi *M.*) *Hermog.* 36, 4, 11, 1 si rei servandae causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fideicommissum mihi relictae adeptus fuerit, nihil me per eum laedi oportere convenit. b. corpus alicuius: *Gai.* 9, 3, 7 cum liberi hominis corpus ex eo quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit. *Arc. Char.* 50, 4, 18, 11 hos ex albi ordine vocari nec ulla excusatione liberari, nisi sola laesi et inutilis corporis. II. res a. corporales. animalia: *Ulp.* 9, 2, 29, 6 de omnibus animalibus laesis . . agendum est. fructus: *Gai.* 19, 2, 25, 6 si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus. *Paul.* 8, 3, 7 *pr.* si modo fructus non laedat. fundum: *Pomp.* 8, 3, 20, 1 servitus naturaliter, non manu facto laedere potest fundum servientem. segetem: *Paul.* 9, 2, 30, 3 si . . ignis alienam segetem vel vineam laeserit. stirpes: *Octaven. ap. Ulp.* 9, 2, 27, 27 si salictum maturum ita, ne stirpes laederes, tuleris (secueris B.). vineam *cf. segetem.* b. res incorporales: actionem: *Ulp.* 10, 4, 9, 5 ut quis copiam rei habens possit exequi actione quam destinavit in nullo casu quam intendit laesa. (*M.:* actionem quam destinavit, in nullo causa postquam intendit laesa). affectionem: *Pap.* 18, 7, 6, *pr.* cum

Digitized by Google

. . venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit. causam: *Pap.* 31, 69, 3 nec tamen sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet. *cf. actionem.* dignitatem: *Paul. Collat.* 2, 5, 4 fit iniuria vel . . vel cum dignitas laeditur. existimationem: *Pap.* 28, 7, 15. quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram. *Ulp.* 3, 2, 2, 2 haec missio existimationem non laedit. famam: *Callistr.* 49, 14, 2 *pr.* ex quibusdam causis delatione suscipientium fama non laeditur. ius: *Impp. Ant. et Ver. ap. Scaev.* 2, 15, 3 *pr.* privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum. *Marcian.* 49, 14, 22, 1 non debet procurator ius creditorum laedere. *Pap.* 17, 1, 56 *pr.* quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt. *Ulp.* 4, 6, 1 *pr.* laesum ius per id tempus, quo quis . . laborabat, corrigitur. 40, 5, 24, 21 si . . manumissus ostendere potest ius suum laedi manumissione vel etiam laesum. *Paul.* 29, 2, 68 ne alterius festionatione alterius ius laedatur. maiestatem: *Marcian.* 48, 4, 3 eum qui maiestatem publicam laeserit, teneri. *Pap.* 48, 4, 8 in quaestionibus laesae maiestatis. pietatem: *cf. existimationem.* pudorem: *Ulp.* 47, 10, 15, 27 si . . cantet aliquid, quod pudorem alicuius laedat. rem publicam: *Ulp.* 49, 15, 21, 1 in civilibus dissensionibus quamvis saepe per eas res publica laedatur. societatem: *Ulp.* 17, 2, 49 si hoc facto societatem laesit. statum: *Pap.* 1, 5, 8 Imperator Titus Antoninus rescripsit non laedi statum liberorum *etc.* superstitionem: *Ulp.* 50, 2, 3, 3 necessitates eis imposuerunt, qui superstitionem eorum non laederent. verecundiam: *cf. affectionem et existimationem.* K.

Violare *non dicitur nisi de rebus sacris. cf. Fest. s. v. religiosus p.* 278 Aelius Gallus, quod sacrum est, idem lege aut instituto maiorum sanctum esse putat, ut violari id sine poena non possit. *lex luc. Spol. (Bruns p.* 241*)* honce loucom ne quis violatod . . sei quis violasit *cet.* *In edicto Pr. de* sepulcro *dictum est* (47, 12, 3 *pr.*) cuius dolo malo sepulcrum violatum esse dicetur. *Inde apud iuris auctores: Iul.* 47, 12, 6. *Macer* 47, 12, 8. 47, 12, 9. *Pap.* 47, 12, 10. *Ulp.* 47, 12, 1. 47, 12, 3, 1. *ibid.* § 8. § 10. *Paul.* 47, 12, 4. *Paul. l. V sent.* 47, 12, 11. *Paul.* I, 21, 5. *ibid.* § 6. § 8. § 9. *In titulis passim, ut sunt hi: Or.* 4424 (*Bruns p.* 309 *n.* 25) si quis titulum meum violaverit; *C. I. L.* 14, 1872 (*Bruns p.* 311 *n.* 40) quicunque violaverit *cet.* statuas: *Mod.* 48, 4, 7, 4 violatis statuis vel imaginibus *(Caesaris).* muros: *Pomp.* 1, 8, 11 si quis violaverit muros. legatos: *Marcian.* 1, 8, 8, 1 ne quis eos violaret. patronos: *imp. Commodus apud Mod.* 25, 3, 6, 1 cum probatum sit contumeliis patronos a libertis esse violatos. cognatam: *Marcian.* 48, 18, 5 quia cognatam violavit contra fas *(incesto).* matrimonium: *Ulp.* 48, 5, 30 *pr.* debuit

Digitized by Google

enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. 48, 5, 14, 3 Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecunque nec spem matrimonii violare permittitur. K.

Deterior, us *(Abl.* deteriore: *Scaev.* 23, 4, 29 *pr. Paul.* 2, 7, 2. deteriori: *Ulp.* 2, 11, 11) *significat rem non integram (cf. Callistr.* 14, 2, 4, 2) *vel minus bonam, quam antea erat (Pomp.* 12, 1, 3 non licet debitori deteriorem rem reddere. *Ulp.* 10, 4, 9, 3 si quis rem deteriorem exhibuerit. *Ulp.* 16, 3, 1, 16. 13, 6, 3, 1) *aut quam alia res est. Lab. ap. Paul.* 14, 2, 10, 1 nauta merces in navem deteriorem transtulit. *Procul. ap. Pomp.* 21, 2, 16, 2 quanto deterior est *(servus). Pomp. ap. Ulp.* 4, 4, 7, 7 si in optionis legato captus sit, dum elegit deteriorem rem. *Gai.* 16, 2, 8 ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur. *Tryph.* 49, 15, 12, 8 deteriorem causam . . patronorum haberi non oportet. *Arr. Men.* 49, 16, 4, 11 in deteriorem militiam dandus est. *Marcian.* 40, 15, 1, 4 si in deteriorem condicionem quis statum retractaret. *Pap.* 1, 5, 9 deterior est condicio feminarum quam virorum. *Anton. Imp.* 24, 1, 3, *pr.* neve melior *(coniugum)* in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. *Callistr.* 14, 2, 4, 2 quid interest iactatas res meas amiserim an nudatas deteriores habere coeperim? *Ulp.* 47, 10, 17, 9 neque debeo deterioris condicionis ob hoc esse. 15, 3, 3, 2 ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem. *reg.* 5, 8 natum ex alterutro peregrino deterioris parentis condicionem sequi. *Paul.* 24, 1, 55 erit deterior causa viri. 46, 1, 34 illi, qui accessionis loco promittunt, in leviorem (meliorem? *M.*) causam accipi possunt, in deteriorem non possunt. 18, 1, 10 deterius *(aurum)* quam emptor existimaverat. deteriore loco esse *Scaev.* 23, 4, 29, *pr. Ulp.* 2, 11, 11. *Paul.* 2, 7, 2. deteriore iure esse *Cic. pro Caec.* 7, 18. deteriore tempore auctionatur *Cic. pro Quinct.* 5, 20. *Saepissime legitur coniunctio deteriorem facere, quae in Edicti reliquiis etiamnunc 9ies invenitur.* 1. *Ed. aed. cur.* 21, 1, 1, 1. si quid post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, ut ea omnia restituat. *Unde saepe ab ICtis quaeritur, utrum is, qui rem dare sive restituere sive exhibere debet, teneatur, si ea res deterior facta est, necne, ac separantur res, quae mora sive tractu temporis deteriores futurae sunt, a ceteris.* 2. *Ed. de bon. poss.* 24, 5, 9, *pr.* sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur. *Unde causa sive condicio an deterior facta sit saepius disputatur.* 3. *Ed. de serv. corrupt.* 11, 3, 1, *pr.* quo eum eam deteriorem faceret. 4. *In interdictis, quae de via publica, itinere publico* (43, 8, 2, 20; 35), *flumine publico ripave eius* (43, 12, 1, pr.), *de cloaca publica* (43, 23, 1, 15) *proponuntur, invenitur comma* quo ea via idve iter (statio iterve; usus eius) deterior fiat. 43, 15, 1, *pr.* dum ne ob id navigatio deterior fiat. *Inde apud iuris*

Digitized by Google

auctores: Nerat. ap. Ulp. 21, 1, 25, 3 id ipsum propter quod deterius factum sit. *Pomp.* 7, 1, 65, *pr.* quod suo facto deterius factum est reficere. *Gai.* III, 217 unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et conlisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur. *Quidam in testamento ap. Scaev.* 31, 38, 16 sed et alius mihi deteriora fecit. *Ulp.* 42, 5, 27. *Paul.* 9, 2, 28, *pr.* 37, 6, 2, 9. aditum: *Ulp.* 43, 8, 2, 12 si aditus sit (fit? *M.*) deterior aut angustior. aedificium: *Lab. ap. Ulp.* 39, 2, 24, 11. agrum: *Qu. Muc. ap. Ulp.* 39, 3, 1, 4 sic debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat. *Pap.* 21, 2, 66, 3 melioris aut deterioris agri facti causa. *cf. fundum, praedia.* ancillam: *Paul.* II, 26, 16 ancillarum stuprum nisi deteriores fiant. aquam: *Lab. ap. Ulp.* 43, 20, 1, 27 ne quid faciat . . quare . . aqua inquinetur, vitietur, corrumpatur deteriorve fiat. aquagium: *Qu. Muc. ap. Pomp.* 8, 3, 15 dum ne domino praedii aquagium deterius faceret. *Pomp.* 43, 20, 3, 5. causam: *Lab. ap. Paul.* 17, 2, 65, 5 deteriorem causam meam facis. *Lab. ap. Ulp.* 19, 2, 19, 4 causam aedium. *Afric.* 37, 4, 14, *pr.* causam suam. *Gai.* 4, 7, 1, *pr. Venul.* 43, 19, 4, 1. *Pap.* 16, 1, 27, 1. *Tryph.* 49, 15, 12, 8. *Ulp.* 7, 1, 13, 4. 7, 9, 1, 3. 42, 4, 2, 3. 42, 5, 9, 8. 43, 19, 1, 10. *Fr. Vat.* 120. *Paul.* 2, 14, 27, 2. 7, 8, 23 deteriorem causam usuarii facere non potest: facit autem deteriorem etiam in meliorem statum *[re]* commutata. 17, 1, 3, *pr.* 23, 3, 28; 41, 4, 2, 8; 46, 2, 29; IV, 12, 8. condicionem: *Procul.* 23, 4, 17 meliorem condicionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse. *Iul.* 47, 12, 6. *Pomp.* 30, 26, 1. *Gai.* 3, 5, 38. *Scaev.* 21, 2, 69, 2. *Marcian.* 47, 12, 7. *Ulp.* 2, 2, 3, 4. 7, 1, 15, 6; 7, 1, 17, 2; 24, 3, 29, *pr.*; 33, 4, 1, 1; 40, 5, 26, *pr.*; 42, 6, 1, 2; 43, 24, 15, 8; 43, 16, 1, 15; 44, 4, 4, 34; *Paul.* 2, 14, 27, 2; 3, 3, 49; 4, 4, 48, 2; 7, 1, 16; 8, 2, 20, 5; 12, 2, 24; *Modest.* 40, 5, 15. corpus: *Maec.* 35, 2, 30, 4. si *(corpora)* sine culpa heredis deperierunt vel deteriora sunt facta. *Ulp.* 19, 2, 11, 2 prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur. cursum fluminis: *Interd. ap. Ulp.* 43, 12, 1, 12. dotem: *Ulp. reg.* 6, 15 necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est; *ibid.* §§ 16, 17; D. 50, 16, 79. equum: *Pomp.* 13, 6, 23 si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit. fundum: *Lab. ap. Iavol.* 23, 5, 18, *pr.* quia . . fundus deterior esset factus. *Cels.* 6, 1, 38 dum ita ne deterior sit fundus. *Pomp.* 7, 1, 10; 43, 20, 3, 5. *Gai.* 19, 2, 25, 3. *Pap.* 46, 2, 28. *Ulp.* 24, 3, 7, 12; 18, 3, 4, *pr. Paul.* II, 18, 2. *cf. agrum, praedium.* habitationem: *Maec.* 20, 2, 2 si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus. hominem: *Scaev.* 3, 5, 34, 2 vel quod deterior homo factus esset, vel. *Ulp.* 6, 1, 13 quanto deterior sit . . factus. 21, 1, 31, 6; *Paul.* 6, 1, 27, 2. *cf. ancillam, mancipium,*

Digitized by Google

servum. iter: *in Edict.* 43, 12, 1, *pr.; Ulp. ibid.; edict. a Lab. cit.* 43, 12, 1, 12 *v. s.* ius: *Lab. a Iavol. epit.* 16, 3, 13 servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset. *Iul.* 25, 5, 7, 1. *Gai.* 2, 11, 8. *Ulp.* 2, 9, 11; 19, 2, 11, 2. mancipium: *Pomp. ap. Ulp.* 21, 1, 23, *pr. Ulp. ibid. cf. hominem, servum.* moventia: *Mod.* 48, 17, 5, 1 moventia si qua sunt, ne aut mora deteriora fiant. navigationem: *in Edict.* 43, 15, 1, *pr. et* § 2. navem: *Paul.* 14, 2, 2, 1 si conservatis mercibus deterior facta sit navis. parietem: *Ulp.* 8, 5, 6, 7. pecora: *Ulp.* 19, 2, 19, 1 si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta. periculum: *Modest.* 12, 1, 35 periculum nominum ad eum cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet. praedium: *Scaev.* 23, 4, 29, *pr.* si deteriora praedia faceret. *Ulp.* 42, 5, 9, 5. *cf. agrum, fundum.*

rem: *Pomp.* 16, 1, 32, 1 si res deterior facta fuerit. *Pomp. ap. Ulp.* 21, 1, 31, 9. *Iul. ap. Ulp.* 42, 4, 3, *pr. Gai.* 13, 6, 18, 1; 17, 2, 34. *Marcell. ap. Ulp.* 13, 3, 3. *Callistr.* 14, 2, 4, 2. *Pap.* 24, 1, 53, 1. *Ulp.* 4, 2, 9, 7; 6, 1, 13; 13, 1, 8, 1; 13, 6, 3, 1; 6, 10, *pr.*; 23, 3, 10, *pr.*; 28, 8, 5, 1; 36, 4, 5, 22; 37, 10, 5, 2; 47, 2, 50, *pr. Paul.* 5, 3, 22; 53; 18, 2, 14, 1; 6, 8, *pr.*; 23, 3, 11; 24, 1, 28, 4; 3, 25, 2; 50, 16, 17. *Hermog.* 24, 3, 51; 26, 7, 48.

servum: *Iavol.* 24, 1, 50, *pr.* neque ad rem pertinet an is servus deterior factus sit. *Afric.* 30, 108, 11. *Gai.* III, 198. *Pap.* 21, 2, 64, *pr. Ulp.* 9, 2, 27, 17. *Coll.* 2, 4; *in exponendis verbis Edicti ap. Ulp.* 11, 3, 1, 3; 4; 5; 11, 3, 3, *pr.*; 9, 1; 11, 2; 21, 1, 25, *pr.*; 1; 5; 6; 8; 21, 1, 31, 9; *Paul.* 7, 1, 66 si servum torquendo deteriorem fecit. 9, 4, 10; 11, 3, 14, 6; 7; 9; 19, 1, 45, *pr.*; I, 13, 5 deteriorem servum facit, qui fugam suaserit et qui mores eius corpusve corruperit. III, 6, 23 servos neque torquere neque flagellis caedere usufructuarius potest, quo deteriores fiant. V, 16, 3. *cf. ancillam, hominem, mancipium.* stationem: *in Edict. cf. iter.* usum: *Lab. ap. Ulp.* 21, 1, 1, 7 *(Gell.* 4, 2, 3) morbum apud Sabinum sic definitum esse habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriorem, cuius causa natura nobis eius corporis sanitatem dedit. *Cels.* 43, 8, 3, 1. *Ulp.* 43, 23, 1, 16. usum fructum: *Iul.* 39, 1, 2 si hoc facto usus fructus deterior fiet. *unde Ulp.* 43, 25, 1, 4. *Pomp.* 7, 6, 2. viam: *in Edict.* 43, 8, 2, 20; 31. 43, 11, 1, *pr. Iul.* 39, 3, 25 deteriore via facta fundo nocetur. *Ulp.* 43, 8, 2, 28 si aqua derivata deteriorem viam faciat. *cf.* §§ 30; 31; 33. 43, 11, 1, 2 si quis in specie refectionis deteriorem viam facit.

Etiam malae res *deteriores fiunt: Ulp.* 9, 2. 27, 17 = *Collat.* 2, 4 si nullo servum pretio viliorem deterioremve fecerit. 11, 3, 1, 4 sive bonum servum fecerit malum sive malum fecerit deteriorem, corrupisse videbitur. *Coniunctio* deteriorem efficere *non legitur ante Ulpiani tempora: Tryph.* 41, 15, 12, 8. *Ulp.* 18, 3, 4, *pr. Paul.* 11, 3, 14, 6; 19, 1, 45, *pr.* 18, 6, 8, *pr.*

Digitized by Google

Hermog. 24, 3, 51. deteriorem constituere: *Tryph.* 2, 14, 46 sui iuris persecutionem aut spem futurae perceptionis deteriorem constituere. K.

Peior, us *excepto titulo Dig.* 43, 11 (De fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur) *non dicitur, nisi in coniunctione* „peiorem facere, peiorem fieri", *quae invenitur 7^ies^, cum usitatior sit locutio „deteriorem facere"*. causam: *Paul.* V, 12, 12 peiorem domini causam servi facere . . non possunt. condicionem: *Paul.* II, 21, 9 facto filiorum peior condicio parentum fieri non potest. nomen: *Maec.* 35, 2, 30, *pr.* debitorum facta peiora nomina. praedium: *Iul.* 5, 3, 52, 2 cum praedia urbana et rustica negligentia possessorum peiora sint facta. rem: *Iul. ibid.* aestimationem earum rerum, quanto peiores sunt factae. *Ulp.* 7, 9, 14 quatenus rem peiorem legatarius fecerit. statum: *Paul.* II, 18, 1 Homo liber, qui statum suum in potestate habet, et peiorem eum et meliorem facere potest (peiorem eum *libr. dett.* peiorare *L.* periurare *M.*). K.

Deinceps. I. *Significat proprie certam et continuam loci vel temporis seriem, qua cui quid succedit. Adiungitur aut verbis: Cels.* 50, 16, 98 *pr.* et deinceps sextum calendas eius natalis est. *Gai.* II, 174 et deinceps in quantum velimus substituere possumus. *Ulp.* 44, 1, 23 et deinceps multiplicantur nomina. 50, 16, 195, 2 quique deinceps vicem eorum sequuntur. *Ulp. reg.* 22, 23 similiter et deinceps substitui potest. *Paul.* 33, 7, 18, 3 ac deinceps in infinitum primis quibusque proxima copulata procedunt. *aut adiectivis: Gai.* I, 166 filium nepotemve ex filio inpuberes, aut filiam neptemve ex filio et deinceps tam puberes quam inpuberes *(ex probabili coniectura). Ulp.* 26, 4, 3, 10 vel nepotem vel neptem vel deinceps inpuberes. 38, 4, 3, 6 nepotes et neptes et deinceps descendentes. *Componitur inprimis cum his adiectivis:* plures: *Marcian.* 28, 6, 36 *pr.* puta: si ille heres non erit, ille heres esto et deinceps plures. singuli: *Gai.* II, 176 et deinceps . . in singulis idem contingit. *Paul.* 22, 1, 12 et deinceps per singulas pensiones *(bis).* unusquisque: *Ulp.* 19, 2, 13, 11 et hoc deinceps in unoquoque anno observandum erit. omnis: *Sab. ap. Paul.* 28, 5, 18 in dupondio omnique re deinceps. *Gai.* 38, 10, 3, 2 in omnibus deinceps gradibus. *Ulp. fr. Vat.* 161 deinceps omnibus sessionibus. totus: *Paul.* IV, 8, 13 filius fratris et patronus et deinceps tota successio. ulterior: *Ulp. fr. Vat.* 321 liberos similiter accipere debemus et nepotes et deinceps ulteriores *(cf. Callistr.* 50, 16, 220 *pr.). maxime cum adiectivo* ceteri: *Afric.* 22, 1, 27 ad ceteros quoque deinceps transmittitur. *Gai.* 38, 10, 1, 1 in secundo et tertio *(gradu)* et deinceps in ceteris. II, 156 nepos neptisve ex filio et deinceps ceteri. III, 2 in ceteris deinceps liberorum personis. *Pap.* 31, 67, 5 petituris deinceps ceteris. *Ulp.* 1, 6, 4 et pronepos et proneptis

Digitized by Google

et deinceps ceteri. 28, 5, 6, 1 nepotes et deinceps ceteri. 38, 16, 2, 1 deincepsque ceteri in infinitum. *Apud unum Ulpianum adiectivi vice fungens idem fere significat ac 'deinceps ceteri'.* *Ulp.* 1, 6, 5 simili modo et pronepotes et deinceps. 2, 8, 2, 3 nurum etiam pronurum et deinceps accipere debemus (*cf.* 50, 16, 50 nurus appellatio etiam ad pronurum et ultra porrigenda est. *fr. Vat.* 321 *cit.*). 28, 6, 2 *pr.* nepotibus et deinceps. 38, 16, 1, 8 nepotes et deinceps. 50, 3, 1 *pr.* post eos qui tertio *(honore functi sunt)* et deinceps. 50, 16, 195, 2 nepotes et neptes et deinceps. II. *Raro et parum recte pro 'postea', 'deinde', ut non subsit continuus loci vel temporis ordo. Cels.* 12, 1, 42 *pr.* si ego decem stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Seio. *Pomp.* 1, 2, 2, 24 cum iniuriose tractarent neque vellent deinceps *(= secundum ordinem?)* sufficere magistratibus. *Pap. ap. Paul.* 17, 2, 52, 10 aut recipere potest aut deinceps propriam rem habebit. *Ulp.* 11, 4, 1, 1 sed et deinceps impunitas datur ei, qui. *Ulp.* 38, 1, 7, 4 rescriptum est a divo Hadriano et deinceps. *fr. Vat.* 155 igitur observandum deinceps erit. S.

Deinde. I. *Usurpatur proprie de loci continuatione.* *Paul.* 8, 3, 38 si tua praedia mihi vicina sint, deinde flumen, deinde Titii praedia, deinde via publica .., dispiciamus ne nihil vetet a te mihi viam dari usque ad flumen, deinde *(Pa* inde*)* a Titio usque ad viam publicam. *Aliis exemplis temporis significatio admixta est.* II. *Saepissime significat temporis ordinem, quo res vel cogitationes se excipiunt. Cinna ap. Ulp.* 23, 2, 6 qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cena iuxta Tiberim perisset. *Alfen.* 28, 5, 45 (44) instituerat, deinde ita scripserat. *Pomp.* 1, 2, 2, 3 exactis deinde regibus. *Gai.* IV, 137 deinde formula subicitur. *Marcian.* 20, 1, 16, 2 veluti de domo data hypothecae et horto facta: item si de loco convenit et domus facta sit: item de loco data deinde vineis in eo positis. *Modest.* 31, 34, 6 deinde subiecit in praeceptione relinquenda filiae suae haec verba. *1 Cinna. 1 Alfen. 1 Cels. 12 Iul. 16 Pomp. 1 Afric. 9 Gai. 6 Scaev. 2 Tryph. 2 Callistr. 2 Marcian. 1 Pap. (?)* 31, 74. *12 Ulp. 13 Paul. 1 Modest.* *Vox 'infra' adnectitur: Iavol.* 35, 1, 40, 2 legaverat, deinde infra iusserat. *Iul.* 30, 104 *pr. Gai.* 9, 2, 2, 1. 41, 1, 7, 4. *Scaev.* 40, 7, 40, 7. *Apud Scaevolam quater leguntur verba:* deinde haec verba adiecit 33, 1, 18 *pr.* 2, 35. 34, 1, 18, 2. 4, 30, 3.
Apud Ulpianum inveniuntur formulae: deinde ait lex 23, 2, 45, 5. deinde aiunt aediles 21, 1, 19, 5. 1, 40. deinde adicit praetor 3, 1, 1, 9. 1, 1, 11. 4, 6, 23, 4. 6, 26, 3. *maxime* deinde ait praetor 39, 1, 20, 9. 2, 15, 2. 43, 8, 2, 31. 12, 1, 19. 13, 1, 11. 20, 1, 29. 21, 1, 6. 22, 1, 6. 23, 1, 8. 23, 1, 15. 27, 1, 7. 30, 3 *pr.* 47, 9, 3, 1. 10, 17, 18 (quod deinde ait). 1. *Inprimis adhibetur in causis ab iuris auctoribus allatis et perlustratis secundo vel tertio loco propositionis. Membrum primum enuntiati incipit* a) *maxime*

Digitized by Google

particula si: *Lab. ap. Ulp.* 15, 3, 7, 4 idem ait, et si hereditatem a servo tuo emero et creditoribus pecuniam solvero . ., deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, me consecuturum. *Iavol.* 29, 2, 64 si alterius domini iussu adierit, deinde manumissus fuerit. *Iul.* 7, 4, 17 si tibi legata fuerit, deinde condicio exstiterit. *Gai.* I, 88 si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa civis Romana facta sit. *Ulp.* 44, 2, 7, 5 idem erit probandum et si quis debitum petierit deinde hereditatem petat vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat. *reg.* 5, 10 si ancilla conceperit, deinde manumissa pariat, liberum parit. (*cf. Paul. sent.* 24 si serva conceperit et postea manumissa peperit, liberum parit.) *Hermog.* 36, 4, 11 *pr.* si mihi sub condicione legatum est et tu . . factus fueris, deinde condicio impleta esset. *9 Lab. 3 Iavol. 4 Cels. 1 Nerat. 1 Valens. 43 Iul. 13 Pomp. 5 Afric. 1 Ter. Clem. 1 Maecian. 14 Gai. 3 Marcell. 7 Scaev. 1 Tert. 1 Tryph. 1 Venul. 6 Marcian. 5 Aen. Macer. 2 Papin.(?) ap. Ulp.* 17, 1, 12, 8. 19, 2, 15, 4. *131 Ulp. 55 Paul. 1 Modest. 1 Hermog.* b) *particula* cum: *Nerat.* 21, 2, 48 cum fundus emptus est et . ., deinde totus fundus evincitur, id praestari debet. *Iul.* 15, 1, 14, 1 cum servus mortuus est, deinde dominus intra annum plures heredes reliquit. 30, 84, 6. 104, 6. 35, 2, 87, 8. *Pomp.* 33, 5, 8, 2. *Marcell.* 35, 1, 36, 1. *Ulp.* 19, 2, 19, 9. 48, 2, 7, 5. 49, 14, 50. c) *particula* ubi: *Ulp.* 12, 4, 5, 4 sed ubi accepit . ., deinde servus decessit, consequens est *(variandi causa, cum saepius antecedant verba 'sed si').*

d) *Quae antecedunt enuntiata haud raro praeponuntur nulla adhibita coniunctione: Lab.* 18, 4, 24 hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius te fecit heredem. *Iavol.* 7, 4, 24 *pr.* flumen hortum occupavit, deinde ab eo recessit. *Pomp.* 21, 2, 20 fundum meum obligavi, deinde alienavi tibi. *Ulp.* 19, 2, 11, 3 qui vinum ex Campania conduxisset, deinde in apothecam deposuisset. *Paul.* 3, 5, 12, (13) debitor meus decessit: huius hereditatis curationem suscepi et impendi . .: deinde reposui . . *6 Lab. 14 Iavol. 1 Cels. 1 Nerat. 9 Iul. 1 Pomp. 10 Afric. 6 Marcell. 7 Scaev. 1 Marcian. 10 Ulp. 13 Paul.* 2. *Ut distinctior fiat sententiarum connexus, saepius praemittuntur voces* (*cf. s. no.* II, 4): primum (*cf. s. no.* III, 2): *Cels.* 1, 3, 39 errore primum deinde consuetudine optentum est. *Callistr.* 35, 1, 82 id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas. *Florent.* 13, 7, 35 *pr. Ulp.* 1, 7, 17, 2. 26, 10, 1, 1. *Paul.* 35, 2, 49 *pr. (Plautius?)* primo (*cf. s. no.* III, 2): *Procul.* 8, 6, 16 primo per eundem rivum, deinde suo quisque proprio rivo. *Valens* 35, 1, 89 quae primo pure deinde sub condicione dantur. *Paul.* 45, 1, 91, 4. 46, 5, 6. *Modest.* 49, 16, 3, 9. prius: *Alfen.* 33, 8, 14 aeque ac si prius liber esse deinde peculium sibi habere iussus est. *Valens* 35, 1, 89 si prius sub condicione deinde pure legatum est. *Iul. ap. Ulp.* 28, 6, 2, 4. *Scaev.* 28, 2, 29, 4. *Ulp.* 21, 1, 17, 6

Digitized by Google

(Caelius?) 27, 5, 1, 5 sed et si prius pro tutore administravit deinde quasi tutor 27, 8, 1, 9. 28, 6, 2, 4. 29, 4, 6 *pr*. *Paul*. 6, 1, 58. 29, 2, 70 *pr*. *(ter)*. 35, 2, 22, 1. prior *adj.*: *Scaev*. 28, 6, 47 quaero cum filia impubes prior decesserit deinde frater eius. *Iul*. 7, 1, 34 *pr*. ante: *Iavol*. 35, 1, 40, 2 sed ante legatum purum deinde dies solvendi adiecta. *Iul*. *ap*. *Ulp*. 28, 6, 2, 4 si ante filio deinde sibi testamentum faciat. *Gai*. 35, 2, 73, 5. *Marcian*. 33, 8, 20. *Ulp*. 29, 2, 71, 9 qui ante quid amovit, deinde se abstinet. 19, 1, 10 *('ante' praepos.)*. *Paul*. 18, 5, 7, 1 *(bis)*. 44, 1, 17. initio: *Gai*. 35, 2, 73, 5 initio quinta, deinde quarta pars detrahi debet. II, 102. IV, 60. quondam: *Gai*. I, 14 qui quondam pugnaverunt, deinde victi se dederunt.

ante omnia: *Val*. 34, 1, 22 *pr*. ante omnia inspiciendum est . ., deinde quid reliquerit. *Ulp*. 30, 50, 3 ante omnia patris consuetudo, deinde regionis exquirenda est. in primis: *Iul*. 15, 1, 16 in primis si quis . ., deinde si quis servo communi pecuniam dederit. *Gai*. 28, 1, 4 = II, 114 in primis animadvertere (advertere) debemus . ., deinde, si . ., requiremus. *Paul*. 33, 7, 18, 3 *(Pedius?)* optimum esse Pedius ait . . scrutari in primis, quid testator demonstrare voluerit, deinde . . statim: *Gai*. 30, 69 *pr*. adita hereditate statim servus adquiritur legatario, deinde sequetur legatum. 3. *Coniunguntur cum 'deinde' voces (cf. s. no.* II, 4 6): ac: *Paul*. IV, 8, 8 post filios filias ad intestatorum successionem inter suos veniunt nepotes . . ac deinde masculino sexu post filiam descendentes. 32, 78, 6 *(Aburn. Val.?)* 34, 2, 32, 6.

et: *Pomp*. 34, 2, 1 *pr*. item si duae statuae marmoreae tibi et deinde omne marmor legatum esset. 46, 2, 7. 49, 15, 6.

Legitur coniunctio deinde postea: *Iul*. 30, 82, 1 si ex bonis eius, qui . ., rem usu adquisierim et . ., deinde postea evincatur . . 42, 8, 15 deinde dimisso Titio postea . . *Pomp*. 18, 6, 18 (17) si interpellavero . ., deinde postea non acceperim . . 32, 18. 32, 54. 44, 2, 21, 3. 46, 8, 16, 1 deinde dominus postea . . *Gai*. 44, 2, 17 si rem meam a te petiero, tu autem fueris absolutus . ., deinde postea coeperis . ., IV, 126. *Scaev*. 46, 7, 21. *Tert*. 29, 1, 33, 1. *Marcian*. 1, 5, 5, 3 si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta peperit. 20, 1, 16, 1. 6, 8, 7. *Ulp*. 9, 4, 21, 6 si iusiurandum exegit actor, deinde postea velit . . 26, 7, 3, 3. 10, 3, 7. 34, 4, 3, 8. 37, 5, 5, 3. 43, 24, 7, 4. 47, 10, 15, 46 *(Lab.?)*. *Paul*. 49, 17, 20. postea deinde: *Gai*. 9, 2, 32, 1 si idem eundum servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit. *Ulp*. 38, 16, 1, 8 si pater fam. decesserit, mox filius decessit, postea deinde repudiavit heres . . post deinde: *Pomp*. 1, 2, 2, 13 post hoc dein de auctorum successione dicemus. 1, 2, 2, 17 post deinde cum census agendus esset, censores constituti sunt. 1, 2. 2, 32. *Callistr*. 48, 19, 28 *pr*. post deinde in insulam deportatio. *Paul*. 8, 4, 18. deinde post *(praepos.)*: *Alfen*. 39, 4, 15 cuiusdam navis vento relata in portum erat,

Digitized by Google

deinde iterum post idus Martias profectus erat. *Iul. ap. Ulp.* 36, 2, 12, 2 si servo relinquatur, deinde post primum vel alterum annum sit liber . . *Pomp.* 1, 2, 2, 28 post aliquot deinde annos . . creatus est. *Afric.* 34, 2, 2 tu deinde post mortem emisti. 46, 8, 25, 1. *Gai.* 21, 1, 20. II, 198 deinde post testamentum factum. *Scaev.* 34, 1, 18, 3. *Tert.* 29, 1, 33 *pr.* *Macer.* 35, 2, 92. *Pap.* 28, 6, 42. *Ulp.* 21, 2, 51, 2. 36, 1, 9, 1. 50, 15, 4, 10 deinde post hoc impetratum. *Paul.* 21, 2, 73. 32, 17 *pr.* 49, 14, 13, 7 *(Antonin.?)* sic deinde: *Ulp.* 17, 1, 29, 3 si cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit. 35, 1, 92. 36, 1, 6, 2. 45, 1, 72, 2. 48, 22, 6, 1. deinde sic: *Scaev.* 29, 7, 14 *pr.* esse enim debet cui detur, deinde sic quaeri, an . . tunc deinde: *Gai.* 20, 4, 11, 1 si sub condicione hypotheca data sit . ., tunc deinde prioris stipulationis exsistat condicio. 20, 4, 11, 2. 29, 3, 7. *Scaev.* 28, 2, 29, 6. *Ulp.* 37, 9, 1, 12 si filius in adoptionem datus decesserit, tunc deinde adoptator defunctus fuerit. deinde tunc: *Paul.* 17, 2, 65, 10 quod si alter decesserit, deinde tunc sequatur res. 4. *Apud unum fere Ulpianum simul et praemittuntur voces et adduntur postea aliae ad particulam 'deinde'. Occurrunt:* ante — sic deinde: *Ulp.* 11, 7, 31 *pr.* puto successores eius ante teneri, sic deinde ad patrem venire. 21, 1, 25, 10. 44, 3, 5, 1. *Paul.* 40, 12, 23, 2 *(Aug.?)* Augustus dixit, ante de matre constare oportere, sic dein de filio cognosci. ante — deinde sic: *Ulp.* 38, 6, 1 *pr.* fuit ordinarium, ante de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui. 39, 2, 24, 5 *(Servius?)* ante — deinde tunc: *Ulp.* 29, 2, 71, 9 si ante se abstinuit, deinde tunc amovit. prius — sic deinde: *Ulp.* 15, 1, 1 *pr.* ordinarium praetor arbitratus est, prius eos contractus exponere . ., sic deinde ad hunc pervenire. prius — deinde tunc: *Ulp.* 27, 8, 1, 9 prius arbitror conveniendum eum, qui . ., [deinde excussis facultatibus eius] *(del.?)* tunc veniendum ad collegam. prius — tunc deinde: *Ulp.* 29, 2, 69 ergo exspectamus in singulis, ut prius eis deferatur hereditas: tunc deinde, posteaquam delata est, exspectamus. prius — deinde postea: *Paul.* 39, 3, 17 *pr.* si prius servitus mihi cessa fuerit, deinde postea alia cessione concessus mihi fuerit. prior — deinde sic: *Ulp.* 12, 2, 34, 4 prior de calumnia debet iurare, deinde sic ei iurabitur. primo — mox deinde: *Ulp.* 16, 1, 2 *pr.* et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii erat interdictum.

5. *Haud raro coniunctiones 'cum', 'si', 'quia' etc. particulae 'deinde' proxime adnectuntur.* Cum: *Lab.* 19, 2, 60, 6 locator propositum habuit . ., deinde cum sciret . ., passus est. 24, 1, 67. *Iul. ap. Ulp.* 6, 1, 17 *pr.* si hominem emero, deinde cum . ., eundem vendidero. 40, 9, 5, 2. *ap. Ulp.* 47, 2, 52, 16. *Pomp.* 1, 2, 2, 8 deinde cum esset . . lex duodecim tabularum, evenit, ut . . 1, 2, 2, 22. 2, 2, 25. 2, 2, 26. 2, 2, 29. 18, 6, 18 (17).

Digitized by Google

23, 3, 24. *Afric.* 41, 2, 40, 2 servum tuum emi . ., deinde cum comperissem . ., celare coepi. *Gai.* I, 74; IV, 15. *Ulp.* 24, 1, 11, 2 *(Marcell.?)*. 40, 12, 12, 1. 44, 4, 4, 2. 4, 4, 9. *Paul.* 17, 2, 65, 3†. 35, 2, 36, 4. 47, 2, 20 *pr.* si: *Lab.* 19, 2, 58, 1 in operis locatione non erat dictum . ., deinde, si ita factum non esset . ., conductor promiserat. *Iul.* 28, 6, 32 qui . . instituerat et . . substituerat: deinde, si Attius non adiisset . ., adiecit. 40, 4, 19. *Gai.* 1, 2, 1. *Tert.* 29, 1, 33, 2 *f.* ubi: *Ulp.* 44, 2, 9 *pr.* si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis . ., petam . . quia: *Pomp.* 1, 2, 2, 9 deinde quia difficile plebs convenire coepit, . . deduxit. antequam: *Procul.* 46, 3, 82 si cum . ., mulier iussit, deinde antequam . ., vetuisset. *Iul.* 30, 104, 1 erat scriptum . ., Titius deinde antequam . . redderet, decesserat. *Ulp.* 46, 4, 13, 9 Qui† *(si quis?)* ita stipulatur . ., deinde antequam crederet, acceptum fecit . . 47, 2, 52, 29. priusquam: *Scaev.* 15, 3, 21 deinde priusquam pater salarium expleret, moritur filia. postquam: *Gai.* II, 24 deinde postquam vindicaverit, praetor interrogat. *Paul.* 20, 3, 4. 6. *Cum plures res vel actiones componuntur, ita ut tertia secundam excipiat, haec particularum variatio occurrit:* deinde — deinde: *Gai.* II, 104 emptor utitur . ., deinde aere percutit . ., deinde testator dicit. III, 174. *Marcell.* 40, 5, 56 testamento ita cavit . .: deinde novissima parte ita cavit . . : deinde codicillis ita cavit. *Scaev.* 34, 1, 20 *pr.* 40, 7, 40, 7. *Marcian.* 20, 4, 12, 8. *Ulp.* 49, 17, 9 *in.* proponebatur filius fam. . . . scripsisse, patre deinde superstite decessisse . ., deinde heres . . repudiasse. *Paul.* 44, 4, 1 *pr.* *Modest.* 48, 9, 9 *pr.* deinde — mox: *Pomp. ap. Ulp.* 10, 4, 7, 6 si quis . . possederit, deinde desierit possidere, mox coeperit . . *Pap.* 20, 4, 1 *pr.* qui dotem promisit, pignus accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione maritus . . dedit: mox . . . impleta est. *Ulp.* 24, 1, 32, 3 si uxori donavit, deinde eum paenituit, mox desiit paenitere. 38, 16, 5. 44, 2, 11, 4. *Paul.* 17, 1, 26, 8. 46, 3, 62. mox — deinde: *Iul.* 44, 2, 24 si quis rem emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit. *Ulp.* 38, 16, 1, 8. deinde — postea: *Iul.* 9, 2, 51 *pr.* medio deinde tempore heres institutus est et postea . . *Pomp.* 44, 7, 24, 2 si quis . . dederit, deinde . . desierit, postea . . adquiritur. *Afric.* 13, 6, 21 *pr.* 13, 6, 21, 1 vasa utenda dedi ac deinde meus servus . . profugit et postea . . *Gai.* IV, 16. *Marcell.* 28, 5, 54 (53). *Ulp.* 2, 1, 19 *pr.* cum quaedam litem susceperat, deinde condemnata erat posteaque . . pervenerat. 12, 6, 25. 12, 7, 2. *Paul.* 28, 6, 46. 38, 4, 51 *(s. n. Lab.)*. postea — deinde: *Iul.* 8, 3, 31 . . quaesierat et ducebat . ., postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum vendidit. *Marcell.* 24, 3, 38. *Ulp.* 46, 2, 31 *pr.* si . . stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio exstiterit, . . post — deinde: *Afric.* 20, 4, 9, 3 Titia . . Titio pignori dedit, post Maevio, deinde domina

Digitized by Google

eius . . dedit. deinde — postea — deinde: *Iul.* 35, 2, 87, 7 qui habebat . ., exheredavit, deinde . . exheredatum substituit ac postea exheredato . . et ab eo legavit: et exheredatus . . exstitit heres, deinde impubes decessit. deinde — post — mox: *Ulp.* 50, 3, 1 *pr.* eo ordine, quo quisque . . functus est: puta qui . . gesserunt, deinde hi, qui secundo honore functi sunt, post eos qui tertio et deinceps: mox hi qui . . postea — mox — deinde: *Scaev.* 32, 41, 7 heredes exstiterunt . ., postea . . puella nupsit: mox matri . . heredes exstiterunt: deinde . . filia decessit. deinde — mox — item — deinde: *Pomp.* 1, 2, 2, 32 capta deinde Sardinia, mox Sicilia, item Hispania, deinde Narbonensi provincia. III. *Particula 'deinde' locum habet in rebus vel causis enumerandis.* 1. *Verborum coniunctio* quid deinde *legitur: Ulp.* 2, 15, 8, 6 quid ergo si quis . .? aut quid si . .? quid deinde si . . 40, 5, 4, 5. *Paul. (Ulp.?)* 47, 2, 21, 8 et quid si . .? quid deinde si . . 2. *Significat 'deinde' idem quod 'secundo loco' praemissis vocibus 'primum', 'primo', 'primus' (cf. s. no.* II, 2). *Duae partes vel causae afferuntur: Nerat.* 6, 2, 17 cuiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio . . *Iul.* 36, 1, 28 (27), 4 primum quia sub condicione fideicommissum datum sit, deinde quia non probe aget. *Maecian.* 28, 5, 87, (86) *pr.* *Gai.* 41, 1, 10, 5 = II, 93 primum quia non possidet, deinde quoniam (quia) scit. II, 207. *Ulp.* 43, 3, 1, 9. 46, 1, 10, 2 poterit fideiubere, primo quidem, quod . ., dein quod. *reg.* 27, 1. *Paul.* 26, 8, 17. IV, 8, 3. *Tria afferuntur membra: Gai.* III, 63 senatus censuit, ut bona Latinorum primum ad eum pertinerent qui . ., deinde ad liberos . ., tunc antiquo iure . . *Callistr.* 48, 19, 28 *pr.* capitalium poenarum fere isti gradus sunt. summum supplicium esse videtur . .: deinde proxima morti poena metalli coercitio. post deinde in insulam deportatio. *Ulp.* 2, 15, 8, 8 vult oratio apud praetorem de istis quaeri; in primis de causa transactionis, dein de modo, tertio . . 5, 3, 25, 15 *(loco interpolato). Paul.* 20, 4, 16. 3. *Rarissime non secundo loco sed ultimo, ut valeat fere 'denique': Ulp.* 38, 6, 1, 1 fecit gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris. *Modest.* 38, 15, 1 *pr. (de eadem re iisdem fere adhibitis verbis).* S.

Dein. *Forma breviata particulae 'deinde', quae et ex codicum auctoritate et secundum legem quandam elegantioris dicendi usus, cum verborum coniunctio 'deinde de' nonnullis auctoribus absona videretur, his locis suo iure edita est: Pomp.* 1, 2, 2, 13 post hoc dein de auctorum successione dicemus. [RPVU deinde de]. *Verba* 40, 7, 29, 1 deinde de his bonis coeperat controversia esse *Quinto Mucio non Pompeio videntur attribuenda esse. Iul.* 38, 7, 4 dein deliberante herede (*cf. Paul.* 36, 2, 6, 1 deinde deliberante uxore). *Ulp.* 2, 15, 8, 8 dein de modo. 19, 2, 13, 7 dein de hospitio. 38, 6, 1 *pr.* dein sic de

Digitized by Google

successione *ubi praeterea vocula 'sic' interposita est, quamquam Ulpianus verborum collocationem 'sic deinde' praeferre soleat* (*cf. s. v. 'deinde' no.* II, 3). *Ceterum Ulpianus non ab adhibenda forma longiore abhorret, cum verbum aliquod cum praepositione 'de' compositum subsequatur.* (*cf. e. g.* 9, 2, 15, 1 deinde decesserit. 37, 9, 1, 11 *(Iul.?)* deinde decessisset. 38, 5, 1, 27 deinde defuncto. *cf.* 39, 2, 24, 5 *(Servius?)* deinde sic deciderit.) *Paul.(?)* 40, 12, 23, 2 *(Aug.?)* Augustus dixit ante de matre constare oportere, sic dein de filio cognosci. *Qui locus eo magis verbo tenus ex quadam Augusti constitutione sumptus videtur, quia collocatio 'deinde de' a Pauli dicendi usu aliena esse non videtur* (*cf.* 44, 2, 22 deinde de dolo heredis. *cf.* 36, 2, 6, 1. 41, 6, 1, 1) *neque coniunctio 'sic deinde' vel 'deinde sic' alio loco Pauliano occurrit* (*cf. v. 'deinde' s. no.* II, 3. 4).
Dubitari potest de scriptura locorum: Ulp. 23, 3, 34 dein mortua est mater (*PVLU* deinde). 37, 4, 3, 5 dein nepos *(ex omnium codicum consensu).* 46, 1, 10, 2 primo quidem . ., dein quod *(F²* deinde in quod *(!)).* (*cf. Ulp.* 43, 3, 1, 9 primum quod . ., deinde quod. *cf. v. 'deinde' s. no.* II, 2. III, 2). *Quibus locis vel contra auctoritatem codicis F formam longiorem restituendam esse censuerim, nisi forte credideris Ulpianum locos ex alio auctore, quem silentio praeterierit, sibi assumpsisse.*
Locis denique: Pomp. 1, 2, 2, 32 capta deinde Sardinia (*R* dein). *Ulp.* 5, 1, 64, 1 deinde in *(del.?)* alio iudicio agat *(quo loco Taurellus proposuit 'dein alio'). Paul.* 18, 4, 21 deinde rem nactus est (*Pª* dein) *forma 'deinde' sine dubio retinenda est.* *De significatione vocis vid. s. v. 'deinde'.*

S.

Digitized by Google

Anmerkungen.

Delegare mit seinen Substantivis.

Delegiren wird heut in zwei Bedeutungen in der Rechtssprache gebraucht, einmal im Civilprocess für das potenzirte Mandat, und sodann für die Ueberweisung im Civilrecht. In beiden Bedeutungen findet es sich bei den Klassikern, aber in beiden ist es nicht technisch. In der ersten kommt es nur sporadisch in der spätklassischen Zeit vor; in der zweiten häufiger (einige 70 mal); aber dass es auch in dieser nicht technisch ist, geht:

am besten daraus hervor, dass Scaevola, der es dreimal gebraucht, es zweimal = cedere und einmal = commodare, n i e = delegiren nimmt.

Ferner: Gaius sagt III, 130 si tibi id expensum tulero, *id est* si Titius te delegaverit mihi; dagegen II, 38 opus est ut iubente me tu ab eo stipuleris, *quae dicitur* novatio obligationis. Durch das id est wird ein technischer Ausdruck (expensum ferre) ins Vulgäre übersetzt, durch quae dicitur ein Kunstausdruck eingeführt.

Drittens: Delegare bedeutet sowohl den iussus allein, als die promissio auf Grund des iussus; das wäre bei einem technischen Ausdruck nicht möglich; aber technisch sind eben blos iussus und promissio.

Dem entspricht es, dass delegare bei den älteren seltener ist, als bei den jüngeren klassischen J u r i s t e n, während es bereits bei Cicero in den Briefen, (also vulgär?) vorkommt. Es ist eben wie unser „überweisen“, dem es auch grammatisch entspricht, ein sehr häufiger Ausdruck; aber wie bei uns „anweisen“ technisch ist, so in Rom iubere promittere. Selbst für das, was wir „assigniren“ nennen, wird delegare einigemale gebraucht.

Gaius erwähnt es nur beim Litteralkontrakt (gar nicht bei der Stipulation), und zwar in einer Weise, die es sehr wahrscheinlich macht, dass man es in klassischer Zeit lieber bei jenem als bei dieser anwandte. In den Pandekten ist natürlich die Erinnerung an die unzweifelhaft existent gewesene Delegation durch litterae (vgl. v. Salpius, Novation und Delegation S. 78ff.) getilgt, aber doch nicht so, dass man nicht noch hie und da Spuren vermuthen könnte: D. 24, 3, 66, 2: aliquam partem (einer assignirten dos), si nec *delegata* nec promissa

Digitized by Google

nouando animo patri fuisset, mulieri solvi debere Labeo Trebatius putant, idque uerum est. Dass hier delegata nichts mit der Stipulation zu thun hat, ist klar, da es sonst nicht dem promissa entgegenstehen könnte. Vielleicht bezog sich delegata oder ein durch die Compilatoren getilgtes Wort auf den Litteralcontrakt, und die Stelle sagte: der übrige Theil, wenn er weder litteris noch verbis novirt war. Möglicherweise ist auch in D. 16, 1, 19, 5: quando *delegatione debitoris facta* mulier non obligetur eine Aenderung durch die Compilatoren vorgenommen und der Litteralcontrakt ausgemerzt; die Stelle ist die einzige vor Papinian, die delegatio im Sinn von Ueberweisung hat. Denn die Scaevolastelle D. 16, 1, 31 meint Cession (vgl.: si actiones paratus sit praestare, actiones mandat) und die Marcellusstelle ist ohne jeden Zweifel interpolirt. Im Text erwähnt ist das 'nomen delegare' von D. 19, 5, 9 und 37, 5, 1, 12.

Man „überweist" nur jemanden, der sich Einem irgendwie verpflichtet hatte, und darum sind die Delegaten Schuldner oder Leute, die im Begriff standen, direkt zu schenken. Interessant ist, dass man sogar den eigenen Gläubiger delegiren kann, wenn er es durch eine Stipulation geworden ist, die in Erwartung eines mutuum geschah.

Schwierigkeiten macht die Definition: delegare est vice sua dare alium suum creditori uel cui iusserit. (Vgl. D. 24, 3, 2, 1: ei promittendum erit cui uterque iusserit.) Doch ist der Gedanke wohl der, dass man nicht blos dem Gläubiger einen Mann stellen kann, sondern ebenso einem Vierten, an den der Gläubiger den Mann weist. Die beiden Fälle sind z. B. in D. 39, 6, 33, 3 ähnlich geschieden.

Dass Papinian so häufig delegatio hat, liegt daran, dass er die Constructionen mit part. perf. pass. und die Substantiva mit Präpositionen liebt, nicht an einer besondern Inclination für das Wort.

Deterior.

Deterior ist eines der Worte, an denen sich der Einfluss des Ediktes auf die Sprache der Juristen deutlich zeigt. Beinahe das ganze Material von deteriorem facere lässt sich juristisch nach den wenigen Ediktstellen ordnen, die das Wort gebrauchen.

Weitaus am wichtigsten ist Ed. Aed. cur. . . . si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera factum erit, . . . ut restituat. In diesem Fall ist deteriorem facere geradezu technisch geworden; überall, wo es sich darum handelt, ob jemand, der zu restituiren hat, für die Verschlechterung der Sache einsteht, oder nicht, wird deteriorem facere, und zwar von allen Juristen, und bei vielen Klagen gebraucht: so zunächst natürlich bei der Aedilicischen Redhibition selbst, im Commentar derselben; dann bei der Actio rei uxoriae, der Rei vindicatio, Ao commodati, depositi, pigneraticia, pro socio, den Klagen beim Concurs, bei der Restitution der Sache durch den Usufruktuar. Häufig wird das deterius factum mit dem quod ex ea re fructus pervenit ad [emptorem etc.] zusammengestellt, was

Digitized by Google

sich ebenfalls bereits im Ed. Aed. cur. findet. — Nicht selten (6mal) kommt der Ausdruck res quae mora (tractu temporis) deteriores fiunt vor, der offenbar dem gleichen Gebrauch angehört.

Viel specieller ist die Corruption des Sklaven (D. 11, 3, 5, 3): quo eum eam deteriorem faceret: hier beschränkt sich der Gebrauch auf die Commentare und die Stellen in den einzeln erhaltenen Juristenwerken.

Oft angewendet wird dagegen (D. 42, 5, 9 pr.) die Verhaltungsmaassregel für den 'qui in possessione bonorum est': si quod eo nomine fructus ceperit ... non restituat ... sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur ... Dabei findet sich wieder die Parallelisirung vom Früchte behalten und Sachen ruiniren, wie bei den Aedilen. Causam det. facere ist danach ein geläufiger Ausdruck geworden, und zwar meist wohl für die faktische Verschlechterung, während das ebenfalls vorkommende condicionem deteriorem facere (für das ein ediktaler oder legaler Ursprung vielleicht existirt und sich blos unserer Kenntniss entzieht), mehr die Verschlechterung der Rechtsstellung = ius deterius facere ist. — Daher:

Ulp. (D. 7, 1, 13, 4): fructuarius *causam* proprietatis deteriorem facere non *debet*.

Ulp. (D. 24, 3, 29 pr.): (pater) .. deteriorem *condicionem* in dote filiae facere non *potest*.

Paul. 8, 2, 20, 5: meliorem vicini *condicionem* fieri *posse*, deteriorem non *posse*.

Zweifelhaft ist, ob die Unterscheidung streng durchgeführt wurde. Die Lage des fideiussor heisst deterior causa (D. 46, 1, 34 Paul.) und, wenn der Schluss von D. 2, 14, 27, 2 (Paul.) ganz ächt ist (was ich nicht glaube), so hätte auch einmal causa mit condicio abgewechselt. — Vgl. D. 7, 8, 23. D. 23, 3, 28.

Die Interdicte gebrauchen deteriorem facere häufig, und, seltsam genug, die Justinianische Titelrubrik D. 43, 12 sagt statt quo navigatio deterior fiat: quo *peius* navigetur.

Licentia.

Die Gründe, welche das über die Unächtheit von licentiam dare etc. abgegebene Urtheil bei den einzelnen Pandektenstellen rechtfertigen sollen, habe ich jüngst veröffentlicht [1]).

Hier darf vielleicht der allgemeine lexikalische Gesichtspunkt, unter den die Thatsache fällt, hervorgehoben werden.

Wie grammatikalisch, so sind auch lexikalisch viele Gräcismen in die Pandekten durch Justinians Commission hineingebracht. Es giebt eine Anzahl Wendungen, die, bei Justinian sehr häufig, bei Römern ganz ungebräuchlich, die Pandekten verunzieren [2]). Dass diese

[1]) Interpolationen in den Pandekten § 13.
[2]) Vgl. Eisele, Bd. 7 dieser Zeitschrift S. 15 ff.

Digitized by Google

Wendungen eben nur Uebersetzungen, und zwar wörtliche Uebersetzungen aus gutem Griechisch in schlechtes Latein sind, lehrt am einfachsten die Vergleichung des griechischen Novellentextes mit dem Authenticum. Beispielsweise seien hier aus den ersten 7 Novellen citirt, nach Seiten und Zeilen der Ausgabe von Schöll:

ἀνάγκην ἐπιτιθέναι : necessitatem imponere (2, 3. 8, 34).
ἔχειν : habere (2, 17. 27, 33).
διὰ πάντων : per omnia (8, 19. 35, 4).
εἰς ἔργον ἄγειν : ad ef(per)fectum perducere (9, 35. 35, 11).
εἰςπράττειν : exigere (25, 10).
προςήκειν : competere (1, 29. 11, 19. 15, 37. 45, 24. 46, 13. 49, 28. 56, 19).
προςήκων : competens (1, 15. 10, 27. 18, 25. 20, 6. 22, 22. 24, 24. 28, 29. 33, 18. 36, 15).
καθεστάναι : constitutum esse (34, 16. 43, 6, 19, 29, 32. 47, 7).

Hierher gehört super hoc = *ἐπὶ τούτῳ*, cautela = *ἀσφαλεία*, und licentiam habere (etc.) = *ἄδειαν* (seltener *παῤῥησίαν*) *ἔχειν* (etc.) (vgl. 2, 36. 7, 6. 8, 10. 12, 17. 22, 38. 23, 9. 26, 6. 29, 1. 56, 34 3, 19. 4, 3. 6, 3).

Daher erklärt sich auch der Infinitiv, der in den Novellen selten im lateinischen Texte, noch seltener im griechischen mit einem Genitiv abwechselt.

Licentiam habere c. inf. ist also ein Gräcismus, den wie die lateinischen Gesetze Justinians, so auch die interpolirten Stellen in den Pandekten gewissermaassen als Ursprungsattest mit sich führen. — Aehnlich steht z. B. auch minime für non, im Codex und in interpolirten Stellen (z. B. D. 39, 5, 28), „auch da, wo auf der Negation gar kein Nachdruck liegt“ [1]). Die Prüfung der von Eisele hiefür citirten Codexstellen lässt mich vermuthen, dass minime die (natürlich verfehlte) Uebersetzung von *μή* ist. Denn es steht meist so falsch in Bedingungs-, infinitivischen und Participiensätzen. — In den Novellen habe ich dies minime nicht entdecken können.

Penes. [2])

Man muss beim Gebrauche dieser Präposition die Sprache der Juristen von der Sprache des Rechtes unterscheiden.

1. Die Juristen gebrauchen dieselbe, wenn sie sie nicht wie Gaius und Scävola ganz perhorresciren, nur in Formeln, die ihnen das Edikt, ein Gesetz, oder eine Gewohnheit wie die Handelsusance überliefert hat. Dem Juristen für seinen Sprachgebrauch ist penes ein alterthümliches apud; nur die technische Ueberlieferung veranlasst ihn, sich desselben zu bedienen, aber auch sie veranlasst ihn nirgends, es

[1]) Eisele a. a. O. S. 25.

[2]) Herr Prof. Wölfflin hatte die Güte, mir die Artikel des Archivs für Lexikographie über dieses Wort, auch einen Abzug des noch nicht erschienenen, mitzutheilen.
Die etymologische Bemerkung ist dem Archiv entnommen.

Digitized by Google

ausschliesslich zu benutzen: bei allen Juristen concurrirt apud in jeder Formel mit penes; etwa, wie bei uns Jemand, der ein Document erläutert, die Worte: „binnen hier und einem Jahr" in seinem Commentar manchmal beibehalten, manchmal durch das gebräuchliche „innerhalb eines Jahres" ersetzen wird.

2. Der Schlüssel liegt daher in der Sprache des Rechts: den alten Formeln ist penes natürlich nicht gleich apud. Dies bemerkt Ulpian: libro 71 ad edictum: „Penes te" amplius est quam „apud te": nam apud te est, quod qualiterqualiter a te teneatur, penes te est, quod quodam modo possidetur.

Das Fragment ist bereits durch Lenel in die richtige Beleuchtung gerückt, indem er es (Ed. § 262 Anm. 2) als zum Commentar des Interdictum de liberis exhibendis gehörig bezeichnet. Es soll danach offenbar erläutern, warum im Interdictum de tabulis exhibendis die Worte penes te stehen. Vgl.:

de tabulis exhibendis:

Quas tabulas Lucius Titius ... reliquisse dicetur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas.

de liberis exhibendis:

Qui quaeue in potestate Lucii Titii est, si is eaue apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamue exhibeas.

Ulpian meint: penes te ist im Sinne des Prätors mehr als apud te, darum dort penes, hier apud. Ulpian will also eine antiquarische Bemerkung machen, keineswegs seinen eignen Sprachgebrauch festlegen; er seinerseits gebraucht apud neben penes so gut wie die andern Juristen. Für die alte Rechtssprache ist seine Bemerkung vollkommen richtig, wie neben den übrigen Fällen auch die beiden abgedruckten Exhibitionsinterdikte beweisen: freie Menschen kann man nur „bei sich sehen", Urkunden hat man „in seinem Hause", in seinem Machtbereich. Die freien Menschen gehen, auch wenn man sie dolo malo zurückhält, keine Verbindung mit der Machtsphäre des Retinenten ein, mit leblosen Dingen ist es anders. Wenn Ulpian fortführt: nam apud te est, quod qualiterqualiter a te teneatur, penes te est quod quodammodo possidetur, so ist diess wohl einer derjenigen Aussprüche, welche auf einen Fall, für den sie berechnet sind, passen, aber in einer Allgemeinheit auftreten, die ihnen nicht zukommt. Denn der Depositar hat keinen Besitz im juristischen Sinne, und wenn man hier possessio nicht gleich Besitz im juristischen Sinne nimmt, so verflüchtigt sich der Gedanke.

Für einen Fall freilich, und das ist wohl der wichtigste Gebrauch der Präposition penes, passt Ulpians possessio ausgezeichnet: eben wieder durch Lenel[1]) ist eine Stelle, die jenes Wort hat, durch die Beziehung auf das Interdictum *utrubi* erklärt worden: und andere (hier sub Ib citirte) Stellen gehören ebenfalls dahin. Nach denselben muss man annehmen, dass in den Sponsionen und sonstigen Formeln

---

[1]) Vgl. diesen Band S. 198 ff.

Digitized by Google

das Wort *utrubi* in penes me, te, Aum Aum, Num Num aufgelöst wurde. Dann ist penes me est bei Mobilien das Aequivalent für possideo bei Immobilien (das utrubi ist ja statt des uti possidetis und des unde vi), und die Commentare der Classiker zum utrubi mussten dieses Wort gründlichst erörtern.

Hierhin dürfte auch D. 41, 1, 37 pr. gehören, wo Julian verneint, dass der Sklave für den Pfandgläubiger erwirbt: quamvis possessio penes eum sit. Da der Pfandgläubiger das utrubi hat (diess bedeutet in Anwendung auf Mobilien der bekannte Satz, dass der Pfandgläubiger juristischen Besitz hat), so liegt in dem Worte penes ein deutlicher Hinweis auf dieses Interdikt. Das Wort possessio ist vielleicht Beisatz der Compilatoren, welchen daran lag, die direkte Beziehung auf das utrubi zu verwischen, — haben sie doch auch in D. 41, 5, 2, 2 (aus Julians selbem Buche) einen Satz mit penes, welches hier interessanter Weise auf Servius zurückgeht, durch Einfügung der possessio verstümmelt, wie aus der Vergleichung mit Vat. 294, 1 von Papinian hervorgeht.

Dig.:	Vat.:
Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre.	Unde cum filius in divisione bonorum penes fratrem, quod pater donaverat, errore lapsus reliquit, portionem eius non esse captam usu Servio Sulpicio placuit, quod neque frater ipse donauerat neque pater donare poterat.

Bei den Interdikten bedeutet also penes me: in meinem Hause, in meiner Machtsphäre.

Dem entspricht es, dass das Wort seine Hauptanwendung ausserhalb der Interdikte da findet, wo es sich um die Abgrenzung der Machtsphären handelt, so bei der Rechnungslegung, wo penes aliquem remanere wohl zunächst den thatsächlichen Verbleib, p. a. r. oportere das Recht auf diesen Verbleib bezeichnete, dann aber ersterer Ausdruck auch auf den andern Begriff übertragen wurde; mit der früheren genaueren Ausdrucksweise stimmt es, dass von der gemeinsamen Sache mitunter gesagt wird, sie sei penes alterutrum, wenn sie gerade in dessen Hause ist (IV). — So ist der Gebrauch des Wortes häufig in Urkunden, namentlich bei Testamenten, wo in der Regel damit etwas bezeichnet wird, das nur interimistisch oder nicht zum eignen Vortheil in Jemandes Machtsphäre bleiben soll. Bei Handelsurkunden bezeichnet penes me oder penes mensam meam (bei meinem Hause) das Guthaben Jemandes bei mir. Bei Versteigerungen bedeutet es den Sieger, bei in diem addictio den definitiven Käufer (V).

Wahrscheinlich bezeichnete die Formula beim depositum denjenigen, den wir Depositar nennen, mit den Worten: is penes quem depositum est. Depositarius ist zwar ein classischer Ausdruck, bezeichnet aber die Depotgläubiger eines Kaufmanns (vgl. Ulpianus D. 16, 3, 7, 2 u. 3. und 42, 5, 24, 2.). In der Bedeutung Depositar im heutigen

Digitized by Google

Sinne kommt es nur in den interpolirten Stellen D. 16, 3, 1, 36. C. 4, 32, 19, 2 und in dem Justinianischen Erlasse C. 4, 34, 12 vor. Ulp. u. Paul. sagen regelmässig nur is penes quem depositum est, d. h., in dessen Machtsphäre deponirt die Sache ruht, einmal hat Ulpian penes quem deponitur, und Papinian sagt in deponendo penes duos, während sonst die aktive Deposition immer mit apud bezeichnet wird. An dies Ediktswort scheinen sich analoge Wendungen angegliedert zu haben (VI).

Am meisten wird penes angewendet, wo es sich darum handelt, ob eine ganze Gruppe von Rechtsobjekten in der Machtsphäre Jemandes bleiben soll oder nicht. Wo jetzt von Sondergut gesprochen wird, da ist das eigentliche Feld für unsere Präposition. Das Edikt de peculio hatte unzweifelhaft einen Satz: penes quem peculium est (vgl. Lenel Ed. S. 221) und daher kommt das Wort bei allen Juristen in dieser Verbindung am häufigsten vor. Altem Sprachgebrauch scheint die gleiche Ausdrucksweise bei der Frage zu entspringen, ob die dos, eventuell, was dotis nomine beim Manne, was tutelae nomine beim Vormund, was hereditatis nomine bei irgend Jemandem bleiben darf oder geblieben ist. Dass auch die Tutel selbst penes patronos ist, dürfte Analogiebildung sein (III).

Penes quos summum ius uti esset passt hier gut hinein, die andern, durch Uebertragung entstandenen Verbindungen in VIII erklären sich vielleicht ebenfalls durch Ausdrücke in alten Gesetzen, sind aber jedenfalls von dem bisher erläuterten specifischen Gebrauch verschieden.

Die Accusative sind Personen; nur in D. 13, 5 ult. heisst es penes mensam domini mei, was commercieller Sprachgebrauch ist, wie bei uns: „bei meinem Hause“.

Ueberhaupt scheint penes im Handelsverkehr gebräuchlich gewesen zu sein; die Briefe, die uns als Constitut bezeichnet werden (D. 13, 5, 26. 14, 3, 20) sehen einem receptum nicht unähnlich.

D. 24, 1, 7, 8: domino penes se remanente dürfte von Tribonian sein.

Gradenwitz.

Digitized by Google

STATUTO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO.

ARTICOLO 1.°

È fondato in Roma un Istituto per l'incremento degli studi di diritto romano. Esso prenderà il nome di ***Istituto di diritto romano.***

ARTICOLO 2.°

L'Istituto si propone di:

a) agevolare le relazioni scientifiche fra i cultori del diritto romano privato e pubblico, compresa in questo l' Economia pubblica romana;

b) mettere a disposizione dei cultori di questi studi i mezzi scientifici conformi all' indole dell' Istituto;

c) promuovere e compiere lavori collettivi di diritto romano.

ARTICOLO 3.°

I mezzi pel conseguimento degli scopi, che l' Istituto si propone, sono:

a) riunioni periodiche e straordinarie, e corrispondenza fra i membri componenti l' Istituto e fra l' Istituto e le altre società scientifiche italiane e straniere;

b) formazione di una biblioteca di diritto romano privato e pubblico;

c) aiuto speciale a coloro che compiono i lavori collettivi indicati nell' Art. 2.° lett. *c.*;

d) pubblicazioni e sussidi di qualunque altro genere, nella misura del patrimonio, del quale l' Istituto potrà disporre.

ARTICOLO 4.°

L' Istituto si rivolgerà alle autorità ed ai pubblici Istituti per ottenere l' appoggio materiale e morale.

ARTICOLO 5.°

Gli Enti, che contribuiscono alla fondazione o all' incremento dell' Istituto con una somma non minore di lire 2000 per una volta o


Digitized by Google

che si obbligano di versare entro cinque anni almeno lire tremila avranno il diritto di nominare per dieci anni fra i soci un rappresentante, il quale farà parte del Consiglio di Amministrazione.

Articolo 6.°

L' Istituto è composto di soci effettivi, di soci aggiunti e di soci onorari.

I soci possono essere italiani o stranieri.

Articolo 7.°

I soci effettivi sono ammessi dal Consiglio d'Amministrazione secondo le norme stabilite dal Regolamento e contribuiranno lire italiane 20 all' atto della ammissione. Per gli anni posteriori a quello della ammissione la contribuzione sarà determinata dall'Assemblea dei soci.

Articolo 8.°

Sono soci aggiunti coloro che contribuiscono soltanto lire italiane 20 all' atto dell' ammissione e sono parimenti ammessi dal Consiglio d'Amministrazione. I soci aggiunti non hanno voto nell'Assemblea. Essi conservano la loro qualità per cinque anni.

Articolo 9.°

I soci onorari dovranno essere eletti all' unanimità dei presenti nell'Assemblea dei soci effettivi sulla proposta di tre soci.

Il loro numero non potrà mai oltrepassare quello di trenta.

Essi avranno diritti pari a quelli dei soci effettivi.

Articolo 10.°

Le riunioni così periodiche come straordinarie dei soci sono presiedute dal più anziano d' età fra i presenti soci onorari o effettivi.

Articolo 11.°

L'Amministrazione dell'Istituto è affidata ad un Consiglio composto di sei soci effettivi, italiani o stranieri, residenti in Roma, eletti dall' Assemblea, dei rappresentanti degli Enti indicati nell'Art. 5 e del Segretario perpetuo dell' Istituto.

I Consiglieri d' Amministrazione indistintamente saranno soggetti a rielezione o a nuova nomina ogni cinque anni.

Le riunioni del Consiglio d'Amministrazione sono presiedute dal più anziano d' età fra i presenti.

Articolo 12.°

Al Segretario dell' Istituto spetta l' esecuzione delle deliberazioni dell' Assemblea e del Consiglio d' Amministrazione. Egli terrà la corrispondenza a nome dell' Istituto e curerà il buon andamento dell' Istituto nella sua interna amministrazione.


Digitized by Google

L' Ufficio del Segretario è perpetuo. Egli è nominato dall' Assemblea. In caso di mancanza o d' impedimento, alla sua temporanea sostituzione provvede il Consiglio di Amministrazione.

Fino alla costituzione in ente morale dell' Istituto l' ufficio di Segretario perpetuo sarà assunto dall' attuale professore di diritto romano dell' Università di Roma.

Articolo 13.°

Le regole dell' Amministrazione e le altre norme necessarie per il retto andamento dell' Istituto saranno determinate da Regolamenti approvati dall' Assemblea dei soci.

Articolo 14.°

Coloro, che non sono soci e vogliono usufruire dei vantaggi offerti dall' Istituto, come della Biblioteca ecc., dovranno pagare le tasse stabilite nel Regolamento.

Saranno esentati da queste tasse coloro che siano presentati da uno degli Enti menzionati nell' Art. 5.° e dalle altre persone, che, per il valido appoggio materiale e morale prestato all' Istituto, saranno state inscritte tra i benemerenti in seguito a voto dell' Assemblea.

Articolo 15.°

Appena riunito un fondo sufficiente ad assicurare la durata dell' Istituto sarà dal Consiglio di Amministrazione chiesto il riconoscimento della personalità giuridica dell' Istituto, dopo aver provocato dall' Assemblea la revisione del presente Statuto.

Le modificazioni proposte dovranno essere approvate con la maggioranza dei due terzi dei votanti.


Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

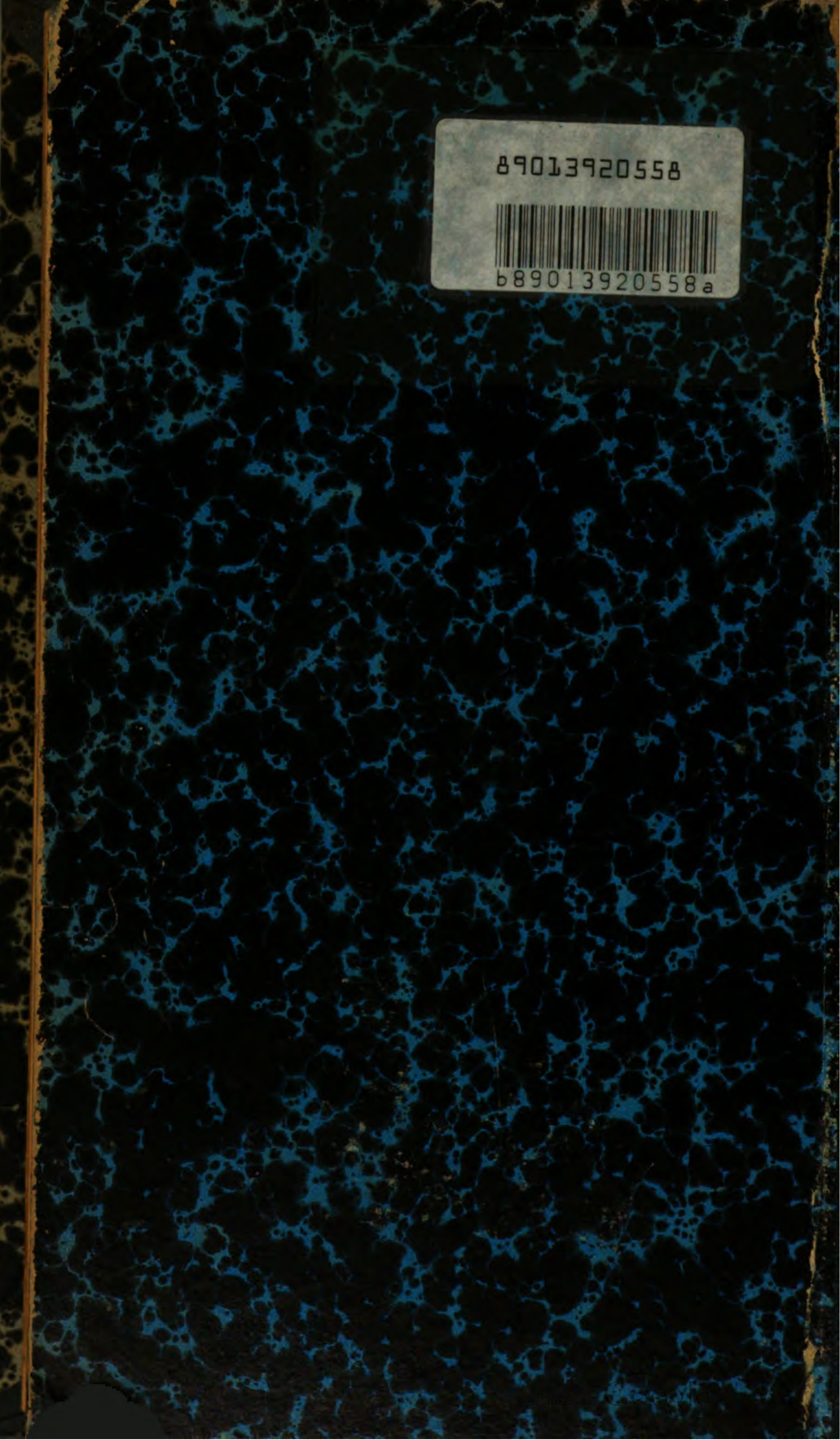
89013920558

b89013920558a

Digitized by Google

JL
10-98

Digitized by Google


89013920558
b89013920558a